Die Vollstreckungspreisgabe
der §§ 1973, 1989, 1990 ff. BGB.

Gemeinsame Gesichtspunkte und Unterschiede

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Heinz Baer
aus Aschersleben

Berichterstatter: Professor Dr. Rudolf Schmidt

Halle (Saale) 1935

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale) Dölauer Straße 14

Die Vollstreckungspreisgabe
der §§ 1973, 1989, 1990 ff. BGB.

Gemeinsame Gesichtspunkte und Unterschiede

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Heinz Baer
aus Aschersleben

Berichterstatter: Professor Dr. Rudolf Schmidt

Halle (Saale) 1935

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale) Dölauer Straße 14

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
in Liebe und Dankbarkeit gewidmet

„Wer hätte sich mit dem Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches beschäftigt und sich nicht grübelnd an den §§ 1973, 1990 abgemüht!“

Dernburg,
Vorwort zum deutschen Erbrecht.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544723_0076

LITERATUR

Bendix, Deckt der Vorbehalt des § 780 ZPO den Fall des § 1973 BGB? LZ 1914, S. 1189 ff.

Beutler, Erbenhaftung bei Dürftigkeit des Nachlasses. §§ 1990, 1991 BGB. Diss. Breslau 1917.

Binder, Bürgerliches Recht, Erbrecht. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswiss. Bd. 11. Berlin 1930 (angef.: Binder, Erbrecht).

„ Die Rechtsstellung des Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Teil. Leipzig 1903 (angef.: Binder, Rechtsstellung des Erben).

„ Zur Lehre von Schuld und Haftung. Jher. Jahrb. Bd. 77 S. 75 ff.

Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung. Halle 1927 (angef.: Boehmer, Erbfolge).

de Boor, Die Kollision von Forderungsrechten. Berlin 1928.

Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht. München 1914.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 7./8. Aufl. 1924.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Bd. Tübingen 1912.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 5. Bd., Deutsches Erbrecht. Halle 1905.

Eccius, Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Gruch. Beitr. Bd. 43 S. 603 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Bd. Erbrecht, 1. u. 2. Hälfte. Berlin 1920.

Ehrenberg, Das Recht des Schiffsgläubigers. Sein Inhalt und seine rechtliche Natur, i. d. Festg. f. Regelsberger, S. 3 ff. Leipzig 1921.

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearb. 1932, in Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus, Kipp und Wolff.

Enneccerus-Nipperdey, Einleitung, Allgemeiner Teil. 13. Bearb. 1931, in Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus, Kipp und Wolff.

Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung. 1909. Abhandl. z. Privatrecht u. Zivilprozeß. 18. Bd., 1. Heft.

v. Gierke, Otto, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. Untersuchungen z. deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. 100. Heft, 1910.

Hachenburg, Das bürgerliche Recht. Vorträge 1900.

Hagen, Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten. Jher. Jhrb. Bd. 42 S. 43 ff.

Hamburger, Das Recht aus der Haftung und die Unmöglichkeit der Leistung. Berlin 1915.

Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung. 1911. Stud. z. Erl. des bürgerl. Rechts, 34. Heft.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Ausg. 1924. Abhandl. z. Privatrecht u. Zivilprozeß. 5. Bd., 1. Heft (angef.: Hellwig, Anspruch).

„ Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. 1903 (angef.: Hellwig, Lehrb. oder Hellwig).

Hölder, Anspruch und Klagrecht. ZZP. Bd. 29 S. 50 ff.

Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht. Berlin 1898 (angef.: Jaeger, Erbenhaftung).

Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.
Jungfer, Die Erbenhaftung im Rahmen des Problems: Schuld und Haftung. Diss. Breslau 1916.
Kipp, Das Erbrecht. 1930, in Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus, Kipp und Wolff.
„ Rechtswahrnehmung und Reurecht. 1903. Festg. für Rich. Koch, S. 110 ff. Berlin 1903.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd., Allgemeiner Teil. Berlin 1906 (angef.: Kohler, Lehrb.).
„ Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, VI. Das Vermögen als Einheit. Arch.Bürg.Recht, Bd. 22. S. 1 ff.
Kreß, Die Erbengemeinschaft. Abhandl. z. Privatrecht u. Zivilprozeß des Deutschen Reiches, 10. Bd. 1903.
Kretzschmar, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1910.
„ Umfang der Pfändungsbeschränkungen im Nachlaßkonkurse und bei der Herausgabe des Nachlasses an die Nachlaßgläubiger. LZ 1914, Sp. 363 ff.
Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Iher. Jhrb. Bd. 57, S. 1 ff.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen bürgerlichen Recht. Leipzig 1903.
Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, 1. Bd., 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1933.
Leonhard, Rud., Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.
Leonhard, Franz, Allgemeines Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1929.
„ Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Buch, Erbrecht. Berlin 1912.
Molitor, Vereinbarungen über die Erbenhaftung. Iher. Jhrb. Bd. 69, S. 283 ff.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht. 3. Aufl. 1928.
Münchmeyer, Haftung des Erben und Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach BGB. 1899.
Nauenberg, Die Wirkung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger. Diss. Leipzig 1906.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927.
„ Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt. 5. Aufl. 1928.
„ Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt. 5. Aufl. 1929.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1914.
„ II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) und 2. Hälfte (Besonderer Teil). 4. Aufl. 1928.
„ V. Bd., Erbrecht, 1. u. 2. Aufl. 1902. 3. Aufl. 1908. 4. Aufl. 1930.
Planck, Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. DJZ. 1899, S. 865 ff.
Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I und II. Berlin 1916.
Raape, Das Haftungsgestaltungsrecht des Erben. Iher. Jhrb. Bd. 72. S. 293 ff.
Reichel, Gewillkürte Haftungsbeschränkung, in der Festschr. f. Georg Cohn, S. 205 ff. Zürich 1915.

Reichsgerichtsräte (= RGRK.): Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. II. Bd. 8. Aufl. 1934. V. Bd. 7. Aufl. 1929.

Schenk, Die Wirkung des nach Aufgebot der Nachlaßgläubiger ergangenen Ausschlußurteils. Diss. Berlin 1907.

Scheye, Deckt der Vorbehalt des § 780 ZPO. den Fall des § 1973 BGB? In LZ 1914, S. 922 f.

Schmidt, Rud., Bürgerliches Recht. Halle 1927.

v. Schwind, Schuld und Haftung im geltenden Rechte. Iher. Jhrb. Bd. 68, S. 1 ff.

Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechtes, in der Festg. f. Rich. Koch, S. 205 ff. Berlin 1903.

Seuffert, Wiederkaufsrecht und Wiederverkaufsrecht während des Konkurses. LZ 1907, Sp. 20 ff.

„ Zur Revision der Konkursordnung bei Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches. ZZP. Bd. 22, S. 475 ff.

Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis. Berlin 1903 (angef.: Siber, Rechtszwang).

„ Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Iher. Jhrb. Bd. 50, S. 55 ff.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. II. Bd., 4. Aufl. 1929.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd., 14. Aufl. 1932.

Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Aufl. 1930. 3. Teil, 9. Aufl. 1929.

„ V. Bd., Erbrecht. 9. Aufl. 1928.

Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. II. Bd., 15. Aufl. 1934 (angef.: Stein).

Strohal, Das deutsche Erbrecht. I. u. II. Bd., 3. Aufl. 1904 (angef.: Strohal, Erbrecht).

„ Schuldpflicht und Haftung, in der Leipziger Festg. f. Binding. München u. Leipzig 1914 (angef.: Strohal, Schuldpflicht).

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd., 1910.

Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

Warneyer's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Bd., 2. Aufl. 1930.

Wendt, Die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 86, S. 353 ff.

Wolff, Sachenrecht, 9. Bearb. 1932, in Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus, Kipp, Wolff.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. V, Erbrecht.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB. Bd. V, Erbrecht.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen: (= RG). Bd.: 25, 29, 44, 53, 55, 59, 61, 63, 69, 70, 77, 79, 83, 97, 98.

RG in Gruch.: Bd. 58, S. 210 ff.

RG in DJZ: 1914, S. 378 f.

RG in JW: 1909, S. 274, Nr. 7; 1913, S. 870, Nr. 15; 1914, S. 79, Nr. 11; 1918, S. 816.

RG in Warn. Rspr.: 1910, Nr. 158; 1914, Nr. 213; 1921, Nr. 151.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (= OLG): Bd.: 1, 4, 6, 7, 9, 11, 17, 18, 19, 21, 24, 29, 30, 34, 38, 44.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten: Bd. 66, S. 240: Oberlandesgericht Marienwerder.
Juristische Wochenschrift, 1921, S. 420 (Landgerichtsentscheidung).

Deutsche Juristenzeitung (= DJZ).
Juristische Wochenschrift (= JW).
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (= Iher.Jhrb.).
Leipziger Zeitschrift, Zeitschrift für deutsches Recht (=LZ).
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (begründet von Gruchot) (= Gruch.).
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (= ZZP).
Archiv für Bürgerliches Recht (= Arch.Bürg.R.).
Archiv für die Zivilistische Praxis (= Arch.Ziv.Pr.).

INHALT

Seite

Einleitung 1

1. Kapitel: Ueberblick über den Bau des Erbenhaftungssystems und das Verhältnis der Vollstreckungspreisgabe zur Nachlaßverwaltung und zum Nachlaßkonkurs. Untersuchung der grundsätzlichen Schuldlage des Erben hinsichtlich der Nachlaßverbindlichkeiten . 2

2. Kapitel: Der allgemeine rechtliche Inhalt des Begriffs Vollstreckungspreisgabe 12

3. Kapitel: Die materiellrechtlichen Tatbestände, auf deren Grundlage die Vollstreckungspreisgabe in Funktion zu treten vermag 18

1. Abschnitt: Allgemeines über alle Anwendungsfälle der Vollstrekkungspreisgabe 18

2. Abschnitt: Einzeluntersuchung 20

4. Kapitel: Die materiellrechtlichen Wirkungen der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf das Rechtsverhältnis des Erben zu den Nachlaßgläubigern . . . 30

1. Abschnitt: Der Einfluß auf die Haftung 30

§ 1. Die gegenständlich beschränkte Haftung . . 30

I. Allgemeines 30

II. Der Umfang der haftenden Nachlaßmasse . 33

A. Die Aktiven 34

B. Die Abzüge 37

C. Die Art der Durchführung der Abzüge . 46

III. Das Wertablösungsrecht des Erben . . 49

§ 2. Die neben die gegenständliche Haftung tretende persönliche Ersatzpflicht des Erben . . . 50

I. Allgemeines über die schuldrechtliche Verantwortlichkeit des Erben 50

II. Die Ersatzpflicht des Erben für Nachlaßminderungen durch Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten im besonderen . . . 54

2. Abschnitt: Der Einfluß auf die Schuld 59

5. Kapitel: Die Gestaltungsrechtsnatur der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe und deren materiellrechtliche Folgen 67

6. Kapitel: Prozessuale Gestaltung 74

1. Abschnitt: Die Klageerhebung 74

2. Abschnitt: Das Spruchverfahren 75

3. Abschnitt: Die Zwangsvollstreckung 80

EINLEITUNG.

Zur Ueberschrift und zum Inhalt der vorliegenden Abhandlung: „Die Funktionen der Vollstreckungspreisgabe der §§ 1973, 1989, 1990 ff. BGB." ist einleitend folgendes zu bemerken. Es ist nicht Zweck dieser Arbeit, die verschiedenen Anwendungsfälle des dem Erben mit der Vollstreckungspreisgabe gegebenen Rechtsbehelfs gesondert zu betrachten und jede der vielen dabei auftauchenden Streit- und Einzelfragen aufs genaueste zu prüfen. Dies ist im Schrifttum schon mehrfach geschehen. Hier wird vielmehr in erster Linie Wert darauf gelegt, die gemeinsamen Gesichtspunkte einerseits, die Unterschiede andererseits herauszuarbeiten und nur soweit hierzu erforderlich, Einzeluntersuchungen anzustellen. Lediglich bei Darstellung der materiellrechtlichen Tatbestände, auf deren Grundlage die Vollstreckungspreisgabe in Funktion zu treten vermag, läßt sich wegen deren grundsätzlicher Verschiedenheit von vornherein eine Einzelbetrachtung nicht umgehen.

Bei der Erläuterung der Wirkungen der Vollstreckungspreisgabe wird neben der Frage des Einflusses auf die Haftung des Erben auch die des Einflusses auf die Schuldlage besondere Beachtung finden.

1. Kapitel:

Ueberblick über den Bau des Erbenhaftungssystems und das Verhältnis der Vollstreckungspreisgabe zur Nachlaßverwaltung und zum Nachlaßkonkurs.

Untersuchung der grundsätzlichen Schuldlage des Erben hinsichtlich der Nachlaßverbindlichkeiten.

Für die Erkenntnis der Funktionen der Vollstreckungspreisgabe ist zur Einführung ein kurzer Gesamtüberblick über den Bau des Erbenhaftungssystems unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen Stellung der Vollstreckungspreisgabe in diesem erforderlich.

I. Hierbei ist zunächst darauf einzugehen, in welcher Weise der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten kraft Gesetzes haftet, wenn er also von der Ergreifung irgendeiner ihm zur Verfügung stehenden Maßnahme, somit auch den Möglichkeiten der Vollstreckungspreisgabe absieht. Daß den Erben dann überhaupt eine Haftung in irgendeiner Form trifft, ergibt sich ohne weiteres aus § 1967. Ein lebhafter Streit entstand aber nach Schaffung des bürgerlichen Gesetzbuches über die Frage, ob der Erbe grundsätzlich unbeschränkt (also auch mit seinem gesamten Eigenvermögen) oder nur beschränkt (mit dem Nachlaß) haftet[1]. Die im Schrifttum überwiegend und in der Rechtsprechung ausschließlich herrschende Meinung geht jetzt jedoch dahin, daß der Erbe nicht nur mit dem Nachlaß, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen haftet, und daß es besonderer Voraussetzungen bedarf, um seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken[2]. Der über die grundsätzliche Haftungsgestaltung des Erben geführte Streit hat daher fast nur noch geschichtliche Bedeutung. Er hatte seinen Grund in der unklar und widerspruchsvoll erscheinenden Ausdrucksweise der in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften[3]. Vor allem bereitete hier auf der einen Seite z. B. der Wortlaut der §§ 1967, 1975, andererseits der der §§ 1994 (vgl. 2000

[1]) Der Begriff Haftung hat hierbei die Bedeutung, daß der Umfang bezeichnet wird, in dem ein Vermögen dem Zugriff des Gläubigers wegen einer Verbindlichkeit unterworfen ist. Vgl. z. B. Boehmer, Erbfolge, S. 70 f., 75 f. Näheres über den Haftungsbegriff siehe unten S. 7 f.

[2]) Planck, Vorbemerkung 4 zu § 1967, Staudinger, § 1967 A, RGRK. Vorbemerkung zu § 1967 1., Strohal, Erbrecht, § 72, S. 203, Kipp, § 74, II., Cosack, II. § 148, Dernburg, § 164, S. 469, Crome, § 720, S. 587, Kretzschmar, § 71 II 4, Endemann, 2. Hälfte, § 114 I., Schmidt, S. 105, Boehmer, Erbfolge, S. 105. RG 59,301; 74,375. OLG 1,431, 446; 4,289; 6,173; 24,85; 29,197.

[3]) So sagte damals Münchmeyer S. 54: „Die Unklarheit des Gesetzes und der Streit über die Haftung des Erben drohen für den Erben werdenden Deutschen zum grauenvollen Verhängnis zu werden!"

2005 Abs. 1, 2006 Abs. 3, Schwierigkeiten. Sprechen doch die letztgenannten Vorschriften vom Eintritt der unbeschränkten Haftung des Erben, wenn er binnen der ihm gesetzten richterlichen Frist ein Nachlaßinventar garnicht oder absichtlich fehlerhaft errichtet oder es auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers nicht mit dem Offenbarungseid bekräftigt. Dies führte zu der Meinung, daß dem BGB das Prinzip der beschränkten Haftung zu Grunde liege, daß also der Erbe ohne besondere Maßnahmen die Gläubiger auf den Nachlaß verweisen könnte[4]). Einen Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung glaubte früher besonders Binder[5]) in den §§ 780 ff. ZPO zu finden, wonach der Erbe die Beschränkung seiner Haftung während der Zwangsvollstreckung nur geltend machen kann, wenn sie ihm im Urteil vorbehalten ist. Hierbei wurde dem § 780 ZPO die Bedeutung unterlegt, daß er die bereits bestehende beschränkte Haftung voraussetze. — Dem gegenüber berief sich die Gegenansicht von jeher auf den Wortlaut der §§ 1967, 1975, 1990 ff., woraus hervorgehe, daß erst durch besondere Maßnahmen der Erbe seine beschränkte Haftung herbeizuführen vermag, sonst aber eben unbeschränkt haftet.

Nachdem auch Binder[6]) seine frühere Meinung aufgegeben und seine Auffassung von den §§ 780 ff. ZPO dahin geändert hat, daß sich aus diesen Vorschriften über das Prinzip des Erbenhaftungssystems überhaupt nichts entnehmen lasse, da sie bedeutend älter als das BGB sind und früher für alle Partikularrechte galten, unabhängig von dem Standpunkt, den diese zu der Frage der grundsätzlichen Gestaltung der Erbenhaftung eingenommen haben, wird die Auffassung von der grundsätzlich beschränkten Haftung des Erben neuerdings, soweit ersichtlich, nur noch von Staub[7]) vertreten.

Die Ansicht von der zunächst unbeschränkten Haftung des Erben muß in der Tat als die allein richtige dem BGB zu Grunde liegende bezeichnet werden. Wie das Gesetz den in den §§ 1994 Abs. 1 Satz 2, 2000 Satz 3, 2005 Abs. 1 (2006 Abs. 2) verwandten Ausdruck „unbeschränkte Haftung" verstanden wissen will, erklärt sich aus der Vorschrift § 2013. Diese besagt, daß dem „unbeschränkt" haftenden Erben für immer die Möglichkeit entzogen ist, die Haftung mit Hilfe der sonst regelmäßig zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe zu beschränken. Das Gesetz gebraucht also den Ausdruck „unbeschränkte Haftung" im Sinne endgültig unbeschränkter oder unbeschränkbarer Haftung. Am deutlichsten geht dies wohl, was Engländer[8]) treffend darlegt, aus § 185 Abs. 2 hervor. Sonst käme man dazu, daß die nach dem Erbfall wirksam gewordene Verfügung des Nichtberechtigten durch Anordnung der Nachlaßverwaltung wieder unwirksam wird, um alsbald nach etwaiger Aufhebung der Nachlaßverwaltung wegen ungenügender Masse wieder wirksam zu werden. Wehrt sich dann der Erbe gegen Zugriffe der Nachlaßgläubiger nach

---

[4]) So vor allem früher Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 52 ff.
[5]) Rechtsstellung des Erben, S. 92 ff.
[6]) Erbrecht, S. 66 ff.
[7]) A. a. O. § 27, Anm. 6.
[8]) S. 9 ff. a. a. O.

den §§ 1990 ff., so würde abermals die Verfügung unwirksam werden. — Für das Prinzip der grundsätzlich unbeschränkten Haftung sprechen weiter, wie schon oben erwähnt, unmittelbar die Vorschriften der §§ 1975, 1973, 1989, 1990, 1992 mit den daselbst angegebenen Rechtsbehelfen der Nachlaßverwaltung, des Nachlaßkonkurses und der nun hier besonders angehenden Vollstreckungspreisgabe, die überflüssig wären, zum mindest irreführende Bedeutung hätten, wenn sich die beschränkte Haftung nach dem BGB von selbst verstände. Aus ihnen geht vielmehr hervor, daß die Haftung des Erben grundsätzlich nur eine beschränkte ist [9]).

Dasselbe gilt für den einzelnen Miterben. Neben seiner grundsätzlich unbeschränkten Haftung auch mit seinem Eigenvermögen [10]) besteht bis zur Nachlaßteilung, wie § 2059 Abs. 2 ergibt, eine gemeinschaftliche Haftung aller Miterben mit der Gesamtmasse der tatsächlichen Nachlaßgegenstände.

Auch der Nacherbe haftet gemäß § 2144 grundsätzlich unbeschränkt neben dem aus der Erbschaft Erlangten mit seinem Eigenvermögen.

II. Die möglichen Haftungsbeschränkungsmittel des Erben sind Nachlaßkonkurs, Nachlaßverwaltung und die Vollstreckungspreisgabe. Daneben steht dem einzelnen Miterben bis zur Teilung des Nachlasses als besonderer Rechtsbehelf zur Beschränkung seiner Haftung noch die sogenannte Einrede des ungeteilten Nachlasses zu, § 2059 Abs. 1 Satz 1. Nach der Teilung des Nachlasses ist jedoch gemäß § 2062 eine Nachlaßverwaltung nicht mehr zulässig.

Mit den genannten Mitteln vermag eine beschränkte Haftung nur dann nicht herbeigeführt zu werden, wenn die Haftung ausnahmsweise unbeschränkbar geworden ist. Dies tritt regelmäßig ein

a) allen Gläubigern gegenüber in den Fällen der §§ 1994, 2005,
b) einzelnen Gläubigern gegenüber gemäß § 2006, bei Versäumung des Vorbehalts beschränkter Haftung im Urteil (vgl. § 780 ZPO), sowie infolge ausdrücklichen Verzichts [11]).

Mit der Einrede des ungeteilten Nachlasses kann aber der Miterbe trotz grundsätzlich unbeschränkbar gewordener Haftung in Ansehung desjenigen Teils der Nachlaßverbindlichkeit doch noch die Haftung auf seinen Nachlaßanteil beschränken, der größer ist als der seinem

---

[9]) Eine Besonderheit gilt gemäß § 27 Abs. 1 in Verbindung mit § 25 Abs. 1 HGB für Geschäftsschulden, wenn der Erbe das zum Nachlaß gehörende Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt. Hier haftet der Erbe für die Geschäftsschulden sogar grundsätzlich unbeschränkbar, wenn nicht innerhalb der in § 27 Abs. 2 bestimmten Zeit die Fortführung des Geschäfts eingestellt wird. — Auch § 884 BGB ist zu beachten. Ist ein Anspruch durch Vormerkung gesichert, so ist für den Erben des Verpflichteten die Haftung insoweit nicht beschränkbar.

[10]) Zum Eigenvermögen gehört bis zur Nachlaßteilung auch der Nachlaßanteil. Letzterer ist nicht Bestandteil des Nachlasses, sondern das gegenständliche Substrat der Mitgliedschaftsstellung, die jedem Erben kraft seiner Erbberechtigung in der Rechtsgemeinschaft der Miterben zukommt (vgl. Boehmer, Erbfolge, S. 44/45; 197/98; Riesenfeld, Bd. 1, S. 202).

[11]) s. Walsmann, S. 29 ff.

Erbteil entsprechende Teil der Verbindlichkeit. Dies ergibt sich argumento e contrario aus § 2059 Abs. 1 Satz 2. Ist jemand beispielsweise Erbe zu einem Drittel und beträgt die Nachlaßverbindlichkeit 3000 RM, so kann er den Zugriff des Gläubigers auf sein eigenes Vermögen insoweit abwehren, als der Gläubiger daraus wegen eines höheren Betrages als 1000 RM Befriedigung suchen will.

Die verschiedenen Haftungsbeschränkungsmittel unterscheiden sich nun einmal in mancher Hinsicht, stehen aber doch deutlich in einem sich gegenseitig ergänzenden Zusammenhang, was auf der Absicht des Gesetzes beruht, nach dem Willen des Erben es möglichst zu einer beschränkten Haftung kommen zu lassen [12]).

Rein äußerlich unterscheiden sich der Nachlaßkonkurs und die Nachlaßverwaltung einerseits, die Vollstreckungspreisgabe und die Einrede des ungeteilten Nachlasses andererseits dadurch, daß bei den ersteren die beschränkte Erbenhaftung durch ein amtliches Verfahren und zwar ohne weiteres mit dessen Eröffnung [13]) herbeigeführt wird, während es sich bei der Vollstreckungspreisgabe um rein privates Vorgehen des Erben handelt [14]).

Während Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs eine Beseitigung der unbeschränkten Haftung mit einem Schlage a l l e n Nachlaßgläubigern gegenüber eintreten lassen, bewirkt die Vollstreckungspreisgabe und die Einrede des ungeteilten Nachlasses stets nur eine i n d i v i d u e l l e Haftungsbeschränkung; sie tritt nämlich immer nur im Verhältnis zu dem einzelnen Nachlaßgläubiger ein, demgegenüber von dem Rechtsbehelf Gebrauch gemacht wird.

Mit der Nachlaßverwaltung kann der Erbe regelmäßig dann seine beschränkte Haftung herbeiführen, wenn der Nachlaß zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht, während der Nachlaßkonkurs Ueberschuldung voraussetzt (KO § 215). Dagegen steht die Einrede des ungeteilten Nachlasses dem einzelnen Miterben unabhängig von einer Nichtüberschuldung oder Ueberschuldung des Nachlasses zu; sie setzt nur voraus, daß noch keine Nachlaßteilung unter die Miterben erfolgt ist. Der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurs stehen endlich die einzelnen Anwendungsfälle der Vollstreckungspreisgabe gegenüber, bei denen der Erbe zur Herbeiführung seiner beschränkten Haftung sich der Nachlaßverwaltung bzw. des Nachlaßkonkurses n i c h t bedienen k a n n oder n i c h t zu bedienen b r a u c h t.

So bezieht sich § 1990 auf den Fall, wo die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen des Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich, oder wo aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder

---

[12]) Vgl. S t r o h a l, Erbrecht, S. 191 f., P l a n c k, Vorbemerkung zu § 1967 III 4 B.

[13]) So die herrschende Meinung, vgl. z. B. P l a n c k, § 1975, 4; anders S t a u d i n g e r, Vorbemerkung zu § 1975 4; R i e s e n f e l d, 2. Bd., S. 94 f., welche die Haftungsbeschränkung nicht schon auf Grund der Verfahrenseröffnung, sondern erst nach besonderer Geltendmachung durch den Erben eintreten lassen.

[14]) Näheres über die rechtliche Natur der Vollstreckungspreisgabe siehe unten 5. Kap., S. 67 ff.

das Konkursverfahren eingestellt worden ist. Die Vollstreckungspreisgabe füllt also hier im System der Erbenhaftung eine Lücke an der Stelle aus, wo infolge Versagens der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses es sonst bei der unbeschränkten Haftung des Erben bewenden würde [15]).

Nach § 1992 kann der Erbe, wenn die Ueberschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen beruht, den hierfür in Betracht kommenden Gläubigern gegenüber die Haftung mit Hilfe der Vollstreckungspreisgabe auf den Nachlaß beschränken; er braucht trotz Ueberschuldung in diesem Fall zum Zwecke der Haftungsbeschränkung Nachlaßkonkurs nicht zu beantragen.

Bei § 1989 zeigt sich deutlich die Beziehung zum Nachlaßkonkurs. Nach der Beendigung dieses amtlichen Liquidationsverfahrens durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich tritt nach herrschender Meinung [16]) zunächst wieder unbeschränkte Haftung ein. Der Erbe kann aber jetzt ohne besondere Voraussetzung mittels der Vollstreckungspreisgabe nach § 1989 seine Haftung von neuem beschränken.

Aber auch bei dem durch § 1973 wie § 1974 gegebenen Anwendungsfall der Vollstreckungspreisgabe erkennt man die Beziehung zu den amtlichen Beschränkungsmitteln. Hier sind Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Anmeldung der Forderungen der Nachlaßgläubiger mit abschließendem Ausschlußurteil (bzw. Geltendmachung einer Forderung durch einen Nachlaßgläubiger später als 5 Jahre nach dem Erbfall) tatsächliche Voraussetzungen für das Recht, die Haftung mit Hilfe der Vollstreckungspreisgabe zu beschränken. Abgesehen nun davon, daß der Erbe das Aufgebotsverfahren regelmäßig einleiten wird, um nach Feststellung der Höhe der Nachlaßschulden zu wissen, ob und welche Beschränkungsmittel der Haftung er anwenden soll, erlangt er gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern bzw. den diesen gleichgestellten Gläubigern ohne weiteres das Recht, sich von der unbeschränkten Haftung zu befreien, ohne ihretwegen Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung beantragen zu müssen.

III. Es ist bisher bei Betrachtung der Rechtsstellung des Erben hinsichtlich der Nachlaßverbindlichkeiten fast nur von seiner Haftung die Rede gewesen. Daß der grundsätzlich unbeschränkten Haftung auch eine Schuld entspricht, wird gemäß dem normalen Bestand einer Verbindlichkeit allgemein angenommen [17]) [18]). Zweifelhaft ist aber,

---

[15]) Endemann, 2. Hälfte, § 128 I a sieht hierin nicht mit Unrecht die deutlichste Kundgebung für das Prinzip der grundsätzlichen Beschränkbarkeit der Haftung.

[16]) z. B. Staudinger, § 1975 III 2, Boehmer, Erbfolge, S. 162, Riesenfeld, 2. Bd., S. 198, Cosack, § 149 II 2; a. A. RGRK § 1975 1, Crome, § 729, s. auch Kipp, § 79 VII 2 a.

[17]) Vgl. z. B. Boehmer, Erbfolge, S. 105 f., Endemann, § 109 I b 1; ferner aus den Schriften über „Schuld und Haftung" z. B. Gierke, a. a. O. S. 108, Buch a. a. O. S. 64; ferner auch Jungfer, a. a. O. S. 32.

[18]) Dem Miterben ist ebenfalls eine Leistungspflicht und zwar gemäß § 2058 eine gesamtschuldnerische in der vollen Höhe der Nach-

welchen Inhalt diese Schuld hat. Dies erscheint bereits hier der Untersuchung wert, weil man erst dann die Bedeutung einer etwa stattfindenden Einwirkung der Vollstreckungspreisgabe auf die Schuld rechtlich zu würdigen vermag.

Für die Beschaffenheit der Schuld wären nun rein theoretisch folgende Möglichkeiten und Ansichten denkbar.

1. Die alte Schuld des Erblassers ist auf Grund der Erbfolge auf den Erben übergegangen; beide Schulden sind vollkommen identisch; nur der Träger der Schuld hat gewechselt.

2. Die Schuld des Erben hängt zwar mit der Tatsache, daß der Erblasser schuldete, zusammen; sie ist aber mit der Erblasserschuld nicht identisch, sondern eine neue Schuld.

3. Es liegen überhaupt zwei Schulden vor. Die eine beruht auf der Haftung mit dem Nachlaß, die andere auf der Haftung mit dem Eigenvermögen des Erben. In der erstgenannten Schuld lebt die des Erblassers fort, während es sich bei der zweiten um eine neue Schuld des Erben handelt. — Subjekt der auf der Nachlaßhaftung beruhenden Schuld ist nach Siber[19]) der Nachlaß selbst. Diese Schuld werde auf den Erben erstreckt, ähnlich wie im Familienrecht (§§ 1388, 1459 Abs. II Satz 1, 1480) eine Schuld der Frau auf den Mann. Es handele sich bei der Nachlaßschuld als der ursprünglichen und der auf den Erben erstreckten Schuld um ein Gesamtschuldverhältnis; nur trete bis zur amtlichen Trennung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben eine Subjektsvereinigung der beiden Schulden ein, da der Erbe ganz als Herr des Nachlasses behandelt werde. Die Selbständigkeit der in der Person des Erben vereinigten Schulden werde bis zur amtlichen Nachlaßsonderung unkenntlich (die Nachlaßschuld sei ruhend)[20]).

Eine Stellungnahme zu all den angegebenen Möglichkeiten über die Beschaffenheit der bei unbeschränkter Haftung des Erben vorliegenden Schuld ist nur denkbar, wenn man sich über den Inhalt und die Bedeutung des Schuldbegriffs im allgemeinen im Vergleich zum Haftungsbegriff und das Wesen der Erbfolge nach heutigem Recht im klaren ist. —

Die Schuld bezeichnet das Leistensollen einer Person, des Schuldners, während die Haftung im engeren Sinne die Unterworfenheit eines Vermögens unter den etwaigen Zwangszugriff des Berechtigten an-

---

laßverbindlichkeit aufgebürdet. Daneben besteht bis zur Teilung des Nachlasses ein Anspruch gegen die Erbengemeinschaft auf Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß nach § 2059 Abs. 2; vgl. Boehmer Erbfolge, S. 194. Der letztgenannte Anspruch kann im folgenden unberücksichtigt bleiben.

[19]) Erbrecht, S. 130.

[20]) Vgl. auch Strohal, Schuldpflicht, S. 117 f. Dieser nimmt zwar erst nach der amtlichen Nachlaßtrennung bei unbeschränkter Haftung des Erben zwei Schulden an, wobei die eine auf der Haftung mit dem Nachlaß, die andere auf der Haftung mit dem Eigenvermögen beruhen soll. Bis dahin soll nur eine Schuld des Erben bestehen, die auf der Haftung mit dem Nachlaß, zu dem das Eigenvermögen nur als Zuwachs behandelt werde, beruhe,

gibt [21]). Schuld und Haftung können nicht nur jede besonders geprüft werden, sondern sind auch ihrem Wesen nach durchaus selbständige Gebilde [22]). Dies schließt nicht aus, daß das eine im Dienst des anderen steht.

Strohal [23]) und ebenso Siber [23]) erachten eine Schuld als etwas der Haftung Immanentes nur dann für vorliegend, wenn auch Haftung gegeben ist; das Haften macht nach Strohal den Schuldbegriff. Nach Meinung dieser Schriftsteller hängen also Schuld und Haftung in der Weise eng zusammen, daß die Haftung im Vordergrunde steht: Bei Wechsel des haftenden Vermögens soll auch die Schuld eine andere werden. — Dagegen hat sich neuerdings besonders eingehend Boehmer [24]) gewandt [25]). Er legt mit Recht dem Schuldbegriff im modernen Recht gegenüber der Haftung überwiegende Bedeutung bei. Leistet der Schuldner freiwillig, so geschieht dies um des „Leistensollens" willen, und nicht um die Haftung abzulösen [26]). Dies dürfte einer gesunden und ethisch begründeten Rechtsauffassung entsprechen, die geeignet erscheint, mehr und mehr im Volke zu verwurzeln. Aber auch praktisch oft wertvoller als die Haftung ist für den Gläubiger das Bewußtsein des Schuldners vom „Leistensollen", da die Verwirklichung der Haftung Zeit und Geld kostet [27]). — Daß die Schuld begrifflich nicht auf die Haftung des Vermögens oder einzelner Gegenstände zurückzuführen ist, zeigt sich darin, daß an dem Inhalt der Verbindlichkeit grundsätzlich dadurch nichts geändert wird, daß nach ihrer Entstehung der schuldbezogene Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners ganz oder zum Teil in das eines Dritten übergeht. Ebenso erkennt man die überwiegende Bedeutung der Schuld daran, daß die Person desjenigen, der leisten soll, regelmäßig nicht durch seine dingliche Beziehung zu irgendwelchen Vermögensgütern bestimmt wird. Endlich zeigt sich die begriffliche Unabhängigkeit der Schuld vom Schuldnervermögen daran, daß es für ihre rechtswirksame Erfüllung gleichgültig ist, ob die Leistungsmittel aus dem

---

[21]) Der Haftungsbegriff kann auch in einem weiteren, nämlich in dem Sinne verstanden werden, daß man darunter alle Mittel zur Herbeiführung eines erstrebten Erfolges begreift, z. B. Erfüllungspflicht, Einstandspflicht (wie die Pflicht zur Schadensersatzleistung), Klage, Vollstreckung, Haftung im engeren oben angegebenen Sinne. Hier kann, wenn man alle diese Mittel zur Herbeiführung des Schulderfolges in Betracht zieht, von einer Haftung „für" gesprochen werden; vgl. Boehmer, Erbfolge, S. 71 f. Manche bezeichnen nur die Einstandspflichten z. B. §§ 276 Abs. 1; 278, 279, 280) als Haftung; so Siber, in Iherings Jahrb., S. 86 ff.

[22]) Vgl. auch Hein, a. a. O. S. 99 f., der scharf das Sollverhältnis vom Haftungsverhältnis trennt. A. A. z. B. Binder in Iherings Jahrb. a. a. O., welcher der Schuld, dem Leistensollen, jede rechtliche Bedeutung abspricht und nur der Haftung einen Wert beimißt. Der Schuldner leiste nicht um des Leistensollens willen, sondern nur, um den Zwangszugriff des Gläubigers abzuwenden.

[23]) Strohal, Schuldpflicht, S. 17; Siber, Rechtszwang, S. 68 f.

[24]) Z. B. Erbfolge, S. 68 ff.

[25]) Siehe auch Buch, a. a. O. S. 19 ff.

[26]) Siehe z. B. auch von Schwind, in Iherings Jahrb., Bd. 68, S. 24; Buch, S. 16.

[27]) Vgl. Boehmer, Erbfolge, S. 95.

Vermögen des Schuldners oder dem eines Dritten, der nach § 267 auch selbst die Leistung bewirken kann, geschöpft werden. Daraus folgt, daß man von einer Schuld als einem Leistensollen[28]) schon dann sprechen kann, wenn gar keine Haftung dahinter steht. Das Leistensollen kann auch hier gleich Leistungspflicht gesetzt werden, obgleich ein Zwang auf den Schuldner nicht ausgeübt werden kann[29]). Es muß m. E. als eine bedauerliche Versachlichung des Pflichtbegriffs bezeichnet werden, wenn man ihn nur dann annehmen will, falls der mit dem Leistensollen erstrebte Erfolg auf Seiten des Gläubigers durch Zugriff auf Vermögensgegenstände des Schuldners herbeigeführt werden kann. In diesem Zusammenhange kann auch auf den aus dem römischen Recht stammenden Begriff der lex imperfecta verwiesen werden, durch die zweifellos ein Gebot und eine Pflicht ausgesprochen wird, ohne daß besondere Sicherungsmittel zu deren Erfüllung zur Verfügung stehen. — Die Schuld (Leistungspflicht) kann als das den Willen des Schuldners bindende Leistensollen auch bei weitester Fassung des umstrittenen Vermögensbegriffs, der doch stets einen materiellen Inhalt behalten muß, nicht unmittelbar als Bindung des Vermögens, etwa als Vermögenslast oder Bestandteil begriffen werden[30]); dies trifft lediglich für die Haftung zu.

Für den Ausgangspunkt unserer Betrachtung, nämlich die Frage, ob und welche Veränderung in Bezug auf die Schuld des Erblassers mit dessen Tode eintritt, läßt sich nunmehr folgendes feststellen.

Aus den Ausführungen über das Wesen der Schuld und besonders ihre begriffliche Unabhängigkeit vom haftenden Vermögen ergibt sich jedenfalls die Unrichtigkeit der Meinung, daß man es mit zwei Schulden zu tun habe, von denen die eine auf der Haftung mit dem Nachlaß, die andere auf der Haftung mit dem Eigenvermögen des Erben beruhen soll. Die Schuld ist, wie dargelegt wurde, begrifflich etwas von der Haftung Unabhängiges, sodaß der haftende Nachlaß oder das haftende Eigenvermögen nicht zur Bestimmung der Identität oder Verschiedenheit von Schulden benutzt werden kann. Schließlich kann schulden immer nur eine Person und nicht ein Vermögen, etwa hier der Nachlaß. Zwar bezeichnet Siber die Schuld des Nachlasses als unentwickelt, sie sei bloßes Bekommensollen ohne Leistensollen. Das Leistensollen ist aber dem Schuldbegriff wesentlich. Wo es fehlt, fehlt eben auch die Schuld. Das Bekommensollen kann verwirklicht werden sowohl durch die Schuld wie durch die Haftung. Es deutet stets nur auf den erstrebten Erfolg hin. Bezüglich eines Vermögens läßt sich daher höchstens von Haftung des Ver-

---

[28]) Es kann sich dabei selbstverständlich nur um ein rechtliches, nicht bloß sittliches oder moralisches Leistensollen handeln; siehe auch Siber, Iherings Jahrb. a. a. O. S. 64.

[29]) Daher handelt es sich auch bei §§ 762, 763 und ähnlichen Fällen um Schulden. Siehe auch v. Tuhr, S. 94 ff., Buch, S. 21, 24, Staudinger, Schuldverhältnisse, I. Bd., S. 37, Schmidt, S. 133; anderer Ansicht Strohal, Schuldpflicht, S. 17 f., Siber in Iherings Jahrb. a. a. O. bes. S. 74.

[30]) Siehe auch Boehmer, Erbfolge, S. 27.

mögens sprechen[31]). — Der von Siber zur Erklärung des von ihm angenommenen Gesamtschuldverhältnisses zwischen Nachlaß und Erben herangezogene Vergleich mit den familienrechtlichen Tatbeständen der Haftung des Mannes für eine Schuld der Frau (§§ 1388, 1459 Abs. 2, 1480) paßt schon deswegen nicht, weil bei den letztgenannten Fällen anders als dem hier zu behandelnden erbrechtlichen Tatbestand in der Tat zwei zur Leistung verpflichtete Personen vorhanden sind.

Nach Erkenntnis der begrifflichen Unabhängigkeit der Schuld vom haftenden Vermögen ergibt sich weiter für unsere Frage: Wer das Wesen der Erbfolge im Uebergang des Vermögens des Erblassers auf den Erben erblickt (s. § 1922)[32]), kann lediglich die Haftung, nicht die Schuld mit übergehen lassen. Nimmt man dennoch eine Schuld des Erben an, so kann dies eben nur eine neue in der Person des Erben entstandene Schuld sein. Als nicht folgerichtig muß man es daher jedenfalls vom Standpunkt Endemanns[33]), dem Erbfolge Erwerb der Erbschaft bedeutet, bezeichnen, wenn er trotzdem annimmt, daß die Schulden des Erblassers unverändert auf den Erben übergegangen seien[34]).

In Wahrheit ist das Ergebnis Endemanns durchaus richtig. Jedoch kann man dazu nur gelangen, wenn man den Inhalt der Erbfolge nicht nur im Uebergang des Vermögens, sondern, wie Boehmer in Anlehnung an die römisch-rechtliche Auffassung auch für das heutige deutsche Recht dargetan hat, in einem Uebergang der gesamten Rechts- und Pflichtstellung des Erblassers auf den Erben sieht. Die Erbfolge besteht nach Boehmer in einem „umfassenden Eintritt (Universalsukzession) des Erben in die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen des Erblassers, sofern sie nur nach unserer heutigen Rechtsauffassung durch ein neues Rechts- und Pflichtsubjekt fortgesetzt werden können“[35]).

Rein logisch wäre es zwar denkbar, daß man das Wesen der Erbfolge lediglich im Uebergang des Vermögens erblickt und dann die Schuld des Erben so konstruiert, daß man die Entstehung der

---

[31]) Daher ist wohl auch der von Boehmer, Erbfolge, S. 88, 160 f., 178 f. gebrauchte Ausdruck Nachlaßschuld nicht im technischen Sinne zu verstehen, sondern im Sinne von Nachlaßhaftung; anderenfalls wäre ja ein Widerspruch zu seinen eigenen Ausführungen über das Wesen der Schuld gegeben, vgl. besonders S. 27, 68 ff., 94). Dagegen, daß man von der Haftung eines Vermögens sprechen kann, wendet sich Hein, S. 150.

[32]) Endemann, 1. Hälfte, § 1, II a; § 5 vor I; 2. Hälfte, § 114 I; Planck, § 1922 2 a; Strohal, Erbrecht, I. Bd., S. 14 ff.; Leonhard, Allgemeiner Teil, § 47; u. a.

[33]) 2. Hälfte, § 109 3 b 1.

[34]) Folgerichtiger sind von ihrem Standpunkt aus Siber, Erbrecht, S. 4 und Strohal, Erbrecht, 1. Bd., S. 14 ff., denen die Erbfolge auch nur Uebergang des Vermögens bedeutet; aus der Haftung des Nachlasses ergibt sich für sie (vgl. auch Strohal, Schuldpflicht, S. 52 f.) zunächst nur eine darauf beruhende Schuld als eigentlicher Inhalt der erbrechtlichen Sukzession; die auf der Haftung mit dem Eigenvermögen beruhende Schuld tritt erst noch besonders hinzu.

[35]) Boehmer, Erbfolge, bes. S. 25 ff., 62 ff., 79 ff.; derselbe in der Reichsgerichtsfestschrift a. a. O. S. 216 ff.

Schuld zwar im Tatbestand der Erbfolge ihren Anlaß finden, nicht aber die alte Erblasserschuld mit Personenwechsel fortleben läßt. Die bestehende rechtliche Lage ließe sich dann etwa so beschreiben, daß die Schuldnerstellung nicht Inhalt, sondern nur Wirkung der Erbfolge ist. Danach müßte man auch die Schuld des Erblassers mit dessen Tode als zunächst erloschen betrachten, um aber sofort in der Person des Erben eine der alten Schuld entsprechende neue Schuld des Erben entstehen zu lassen. Diese Konstruktion der Schuld des Erben möchte ich als gekünstelt ablehnen und mich für die Auffassung des Ueberganges der Schulden des Erblassers auf den Erben entscheiden.

Das Ergebnis der Ausführungen sei nochmals zusammengefaßt. Die grundsätzlich unbeschränkte Haftung des Erben mit Nachlaß und Eigenvermögen entspricht nicht zwei Schulden sondern nur einer Schuld. Diese Schuld stellt sich als die vom Erblasser auf den Erben übergegangene Leistungspflicht dar. Erblasserschuld und Schuld des Erben sind identisch, nur der Träger der Schuld hat gewechselt. Diese Schuld ist es also, die einer etwaigen Einwirkung durch die Vollstreckungspreisgabe ausgesetzt ist[36]).

Die gesamten bisherigen einführenden Darlegungen haben die grundsätzliche rechtliche Lage des Erben bezüglich der Nachlaßverbindlichkeiten und die grundlegende Stellung der Vollstreckungspreisgabe im Erbenhaftungssystem in vergleichender Betrachtung zu anderen in die gesetzliche Haftung eingreifenden Maßregeln zu beleuchten und erklären versucht.

Aufgabe der folgenden Ausführungen ist es nun, die Vollstreckungspreisgabe selbst einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

---

[36]) Hierüber siehe unten 4. Kap., 2. Abschnitt.

2. Kapitel:

Der allgemeine rechtliche Inhalt des Begriffs Vollstreckungspreisgabe.

I. Der in den §§ 1973, 1989, 1990, 1992 dem Erben zur Verfügung gestellte Rechtsbehelf, welcher hier als Vollstreckungspreisgabe bezeichnet wird, hat im Schrifttum die verschiedenartigsten Benennungen erfahren. So findet man für das Recht aus § 1973 ebenso für das aus § 1989), soweit ihm in diesem Falle überhaupt ein besonderer Name beigelegt wird [1]), vornehmlich den Ausdruck „Erschöpfungseinrede" [2]). Bezüglich § 1990 wird in der Regel entweder von der „Unzulänglichkeitseinrede" [3]) (ebenso für das Recht aus § 1992) oder der „Dürftigkeitseinrede" [4]) gesprochen. All diese Bezeichnungen wollen einen Teil der Voraussetzungen, nämlich die hinsichtlich der Beschaffenheit des Nachlasses andeuten, auf welche sich das zugleich als Einrede gekennzeichnete Recht des Erben stützt. Die Verschiedenheit der Benennungen hängt mit der Verschiedenheit der Voraussetzungen zusammen. So will „Erschöpfungseinrede" darauf hinweisen, daß der Nachlaß durch Befriedigung der im Aufgebotsverfahren nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft werde und der Erbe daher die Befriedigung der ausgeschlossenen Gläubiger insoweit verweigern könne; ähnlich soll gemäß § 1989 nach Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich die Erschöpfung des Nachlasses die Befriedigung von Gläubigern verhindern können. Der Ausdruck „Dürftigkeitseinrede" soll das Mißverhältnis zwischen der Nachlaßmasse und den Kosten kennzeichnen, welche die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses bzw. die weitere Durchführung dieser Verfahren erfordern würden; dies rechtfertige dann die Leistungsverweigerung des Erben aus seinem eigenen Vermögen. Dieselbe Bedeutung wie der „Dürftigkeitseinrede" wird von einigen Schriftstellern der „Unzulänglichkeitseinrede" bei § 1990 beigelegt [5]), während Staudinger (§ 1990, 92 II) hierunter das Mißverhältnis zwischen Aktiven und Passiven versteht; der letztere setzt also Unzulänglich-

---

[1]) Vgl. z. B. Staudinger, § 1973 II 1, Kipp, § 76, Engländer, S. 76 ff.

[2]) z. B. Warneyer, § 1973, Schenk, S. 28. — Planck, § 1973 2 spricht hier von „Ausschlußeinrede".

[3]) Riesenfeld, 2. Bd., S. 219, Staudinger, § 1990 II, Warneyer, § 1990.

[4]) Cosack, § 411, S. 781, Binder, Rechtsstellung des Erben, § 26, S. 209; vgl. auch Strohal, Erbrecht, § 81, Anm. 3, Beutler, S. 7.

[5]) Jaeger, Erbenhaftung, § 2, S. 6; Riesenfeld, 2. Bd., S. 219.

keit gleich Ueberschuldung. In diesem Sinn ist „Unzulänglichkeitseinrede" jedenfalls bei § 1992 zu verstehen.

Ganz abgesehen nun davon, ob die einzelnen Ausdrücke die Voraussetzungen hinsichtlich der Beschaffenheit des Nachlasses richtig angeben, ist allgemein an ihnen m. E. zu bemängeln, daß sie durch die Bezeichnung Einrede [6]) in erster Linie die Befugnis des Erben betonen, die Berichtigung der Verbindlichkeiten aus eigenem Vermögen zu verweigern. Das Wesen der hier fraglichen Erscheinung liegt aber zum größten Teile doch in der Möglichkeit, den Gläubiger auf den etwa noch vorhandenen, vielleicht noch ganz zur Berichtigung des einzelnen Anspruchs ausreichenden Nachlaß zu verweisen [7]); erst sekundär schließt sich hieran die Befreiung von der Haftung mit dem eigenen Vermögen [8]). Diese Funktion wird durch keine der angeführten Bezeichnungen klar zum Ausdruck gebracht. Schließlich ist m. E. die Uneinheitlichkeit der Bezeichnungen für ein im Kern gleiches Rechtsinstitut zu beklagen.

Die Gleichheit der Rechtsbehelfe in den einzelnen Fällen (§§ 1973, 1989, 1990, 1992) liegt aber gerade darin begründet, was der Erbe bei ihrer Ausübung zu tun hat. Sowohl § 1973 wie § 1990, auf die § 1989 und § 1992 Bezug nehmen, sprechen davon, daß der Erbe den Nachlaß (bzw. den Ueberschuß) zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben hat. Dem lehnt sich offensichtlich die Bezeichnung des Rechtsbehelfs als Vollstreckungspreisgabe an. Dieser Ausdruck wird, soweit ersichtlich, zum ersten Male von Endemann [9]) gebraucht, der allerdings daneben noch die „Erschöpfungseinrede" erwähnt. Während die Vollstreckungspreisgabe die eine Funktion der Haftungsbeschäftigung, nämlich den Verweis auf den noch vorhandenen Nachlaß angibt, soll nach Endemann die Erschöpfungseinrede in allen Fällen dann einsetzen, wenn nichts mehr vom Nachlaß vorhanden ist und der Erbe die Befriedigung aus eigenem Vermögen verhindern will [10]). Nur von Vollstreckungspreisgabe spricht Boehmer, also auch dann, wenn nichts mehr vom Nachlaß vorhanden ist.

II. Was soll die Bezeichnung des Rechtsbehelfs als Vollstreckungspreisgabe näher besagen?

1.) Es finden sich im ganzen Privatrecht verstreut verschiedene Fälle, wo jemand durch „Preisgabe" (Abandon) von Gegenständen seine zunächst unbeschränkte Haftung beseitigen und sie in eine beschränkte Haftung mit den preisgegebenen Gegenständen umwandeln kann. Es läßt sich dort mit Hein [11]) von einer Preisgabehaftung

---

[6]) Ob es in Wahrheit eine Einrede ist, wird noch Gegenstand besonderer Untersuchung sein; vgl. unten 5. Kap.

[7]) Vgl. Strohal, Erbrecht, S. 246; Riesenfeld, 2. Bd., S. 223.

[8]) Dies folgt argumento e contrario auch aus § 1973 Abs. 1, bezw. § 1990 Abs. 1. Soweit der Nachlaß ausreicht, kann die Befriedigung eines Gläubigers (aus dem Nachlaß!) nicht verweigert werden.

[9]) Siehe bes. 2. Hälfte § 128 III.

[10]) Hier kommen also deutlich die beiden oben hervorgehobenen Bedeutungen der Haftungsbeschränkung zum Ausdruck.

[11]) A. a. O. S. 139 unter I.

sprechen [12]). So können sich nach dem Bergrecht die Mitglieder (Gewerken) einer Gewerkschaft von der ihnen der Gewerkschaft gegenüber obliegenden Zubußepflicht, für die sie an sich unbeschränkt haften, durch Preisgabe ihres Kuxes, d. h. ihres Mitgliedschaftsrechts [13]) befreien. - Ist bei einer G.m.b.H. ausnahmsweise eine unbeschränkte Nachschußpflicht für die einzelnen Gesellschafter (kraft Gesellschaftsvertrags oder mit Zustimmung der Gesellschafter) vorhanden, so kann sich der einzelne Gesellschafter von ihr frei machen, indem er seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Verfügung stellt (G.G.m.b.H. § 27 Abs. 1). - Im Seerecht (§ 501 HGB) kann in bestimmten Fällen ein Mitreeder sich durch Preisgabe seiner Schiffspart gegenüber den übrigen Mitreedern von der Leistung einer erforderlichen Einzahlung an die Reederei befreien. — Endlich findet man eine ähnliche Bestimmung auch im § 1001 BGB, wonach der Eigentümer seine Haftung für erstattungsfähige Verwendungen des Besitzers durch Rückgabe der Sache auf diese beschränken kann [14]). — Das Gemeinsame an allen diesen Fälllen ist, daß der Schuldner durch in seinem Belieben stehende Herausgabe bestimmter Gegenstände unmittelbar an den Gläubiger seine Haftung beschränken kann.

Die Frage ist nun, ob dieselbe Rechtslage für den Erben bei dem hier als Vollstreckungspreisgabe bezeichneten Rechtsbehelf vorhanden ist. Jn der Tat wird vereinzelt angenommen [15]), daß der Erbe in den Fällen §§ 1973, 1989, 1990, 1992 durch völlige Preisgabe des noch vorhandenen Nachlasses gegenüber dem Befriedigung verlangenden Gläubiger seine unbeschränkte Haftung beseitigen kann. Einer solchen Auffassung steht jedoch die in den zu erörternden Vorschriften enthaltene Bestimmung entgegen, daß die Befriedigung des Gläubigers „im Wege der Zwangsvollstreckung" zu erfolgen hat [16]).

[12]) Zu unterscheiden sind die Fälle, wo zwar auch eine Preisgabe (Abandon) von Gegenständen erfolgt, aber zu einem anderen Zwecke als dem der Befreiung von unbeschränkter Haftung. So im Seeversicherungsrecht die Preisgabe des versicherten Schiffes durch den Versicherten gegenüber dem Versicherer beispielsweise zwecks schnellerer Erlangung der Versicherungssumme; näheres s. §§ 861 Abs. 1, 869 HGB.

[13]) Siehe allgemeines preußisches Berggesetz §§ 130, 234. — Die ältere Gewerkschaft, insbesondere die des preußischen Landrechts, ist nicht wie die neuere juristische Person, sondern Gesellschaft. Die Kuxe stellen bei dieser keine Mitgliedschaftsrechte, sondern Quoten am Gesellschaftsvermögen dar.

[14]) Siehe Hein, S. 141.

[15]) Hachenburg, S. 682.

[16]) Die Worte „im Wege der Zwangsvollstreckung" gehören nicht etwa, wie Wendt a. a. O. S. 382, 386 angenommen hat, zu „herausgeben", sodaß die Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung zu geschehen hätte. Ein solches Verfahren erscheint undenkbar. Denn bei dem Herausgeben denkt man an den Fall der freiwilligen Erfüllung, die Zwangsvollstreckung dagegen setzt Anwendung von Gewalt voraus (Planck, § 1973, 6, Staudinger, § 1973, II 2b, Leonhard, § 1973, I C). Darauf, daß „Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung" zusammen gehört, deutet auch der Umstand hin, daß die Worte „im Wege der Zwangsvollstreckung" und „herausgeben" in § 1973 durch die Wendung „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" getrennt sind.

Eine derartige Befriedigung setzt notwendig einen Vollstreckungstitel voraus; hat aber der Gläubiger die betreffenden Nachlaßgegenstände bereits in Händen, so besteht die große Schwierigkeit, ob und wie er sich nunmehr noch den Vollstreckungstitel beschaffen kann. — Die Anhänger des Abandonsystems, zu denen auch Binder (Rechtsstellung des Erben S. 126) gehört, glauben sich zwar darauf berufen zu können, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes der Erbe sogar zur Herausgabe verpflichtet sei. Die Annahme eines Herausgabeanspruches scheitert jedoch daran, daß ein solcher nach § 883 ZPO vollstreckt werden, also überhaupt kein Verwertungsverfahren stattfinden würde. Eine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, wie sie das Gesetz fordert, wäre also hier nicht möglich [17]). Der in den §§ 1973, 1990 verwandte Ausdruck „herausgegeben" kann somit nicht im Sinne tatsächlichen Herausgebens an den Gläubiger wie in den Fällen normaler Preisgabehaftung gemeint sein [18]): „Herausgabe" hat immer nur in dem Sinne zu erfolgen, daß der Gläubiger in die Lage kommt, sich aus den Nachlaßgegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen [19]).

2.) Die herrschende Meinung legt daher der Bestimmung, der Erbe habe den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben, in der Hauptsache nur die Bedeutung bei, daß der Erbe zu dulden verpflichtet ist, daß der Gläubiger im Wege normaler Zwangsvollstreckung seine Befriedigung aus den Nachlaßgegenständen sucht [20]); dem Erben soll also nur ein passives Verhalten obliegen. Da die Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung für jeden Schuldner auf Grund eines Vollstreckungstitels dem Zwangsvollstrekungsorgan gegenüber von selbst besteht und allein nicht noch einmal besonders festgestellt zu werden brauchte [21]), wird aus der Bezeichnung „herausgeben" außerdem auf ein positives Verhalten des Erben in der Richtung zu schließen sein, daß der Erbe die Vollstreckung in den Nachlaß zu ermöglichen hat [22]). Hieran hat der Gläubiger, der im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung sucht, oft ein starkes Jnteresse, da er nicht wissen kann, welche Gegenstände des jetzigen Gesamtvermögens des Erben ursprüngliches Erbenvermögen sind und welche aus dem Nachlaß stammen. Der Ermöglichung der Zwangsvolllstreckung dient

---

[17]) Binder, Rechtsstellung des Erben S. 123 hält hier entgegen dem Gesetz eine Befriedigung nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung für ausreichend.

[18]) Eine uneigentliche Verwendung des Wortes „Herausgabe" befindet sich auch in § 809 ZPO, wo von einem zur Herausgabe bereiten Dritten gesprochen wird, was dort zweifellos nur bedeutet, daß der Dritte der Pfändung der in seinem Besitz befindlichen Sache des Gläubigers nicht widerspricht (vgl. Dernburg, S. 463).

[19]) Vgl. Planck, § 1973, 6.

[20]) Boehmer, Erbfolge, S. 172, Dernburg, S. 477, Kipp, § 76 I, II, Strohal, Erbrecht, S. 246, Planck, § 1973, 6; vgl. auch Staudinger, § 1973 II, 2b, §§ 1990/92 II B 1, Nauenberg, S. 56.

[21]) Hellwig, Lehrbuch, S. 229, Anm. 39, bezeichnet die Duldungspflicht als die Kehrseite der staatlichen Vollstreckungsgewalt.

[22]) So mit Recht Planck, § 1991 2c, § 1973, 6, 3. Abschnitt, Beutler, S. 14.

in erster Linie, daß der Erbe die Nachlaßgegenstände dem Vollstreckungsorgan, also dem Gerichtsvollzieher, bereitzustellen hat, damit dieser die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung leicht zur Ausführung bringen kann[23]. Ferner liegt zwecks Ermöglichung der Zwangsvollstreckung dem Erben in allen Fällen die Pflicht zur Aufstellung eines Verzeichnisses über den gegenwärtigen Bestand des Nachlasses und gegebenenfalls Leistung des Offenbarungseides ob; es handelt sich um eine entsprechende Anwendung des § 260, der eine unmittelbare technische Herausgabepflicht an den Gläubiger, wie sie hier nicht vorliegt, im Sinne hat. Dagegen ist nur bei § 1990 und § 1992 außerdem noch eine Pflicht zur Rechenschaftsablegung (§ 259) vorhanden, was sich daraus ergibt, daß in diesen Fällen gemäß § 1991 Abs. 1 in Verbindung mit § 1978 die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des Auftrags (s. §§ 666, 681) Anwendung finden[24]).

3.) Der Erbe ist zur Vollstreckungspreisgabe in dem angegebenen Sinne nicht schon von vornherein verpflichtet, sondern erst nach Berufung auf das ihm nach §§ 1973, 1989, 1990, 1992 zustehende Haftungsbeschränkungsrecht[25]). Die Geltendmachung dieses Rechts geschieht jedem einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber — soweit er für die Vollstreckungspreisgabe in Betracht kommt — durch einfache private Erklärung, welcher der Inhalt beizulegen ist, daß der Erbe bereit sei, die Nachlaßgegenstände zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung preiszugeben (Erklärung der Vollstreckungspreisgabe)[26]). An die Erklärung bereits knüpft sich die dem Erben günstige Rechtsfolge der Beseitigung unbeschränkter Haftung. Die eigentliche Ausübung der Vollstreckungspreisgabe aber setzt erst nach ihrer Erklärung ein.

Besteht nun eine Pflicht zur Ausübung der Vollstreckungspreisgabe nach der Erklärung in dem Sinne, daß dem Erben die Verpflichtung auferlegt wird, nur Gläubiger zu befriedigen, die einen vollstreckbaren Titel vorlegen können, ihm andererseits verboten ist, Nachlaßgegenstände freiwillig unmittelbar an den Gläubiger herauszugeben oder nach eigenmächtiger Versilberung des Nachlasses die Gläubiger aus dem erzielten Erlös zu befriedigen?

---

[23]) Dies ungefähr will Engländer, S. 66, mit der „Identifizierungspflicht" besagen.

[24]) Ebenso Staudinger, § 1973 II 2a, §§ 1990/92 II B 1, 6. Abschnitt, Kipp, § 76 II 2. Es wird im Schrifttum auch die Meinung vertreten, daß ebenfalls bei §§ 1973, 1989 eine Pflicht zur Rechenschaftsablegung vorhanden ist (s. Planck, § 1973, 5cα, Warneyer, § 1973, 6, Boehmer, Erbfolge, S. 186); ein Grund hierfür wird aber nicht angegeben.

[25]) Vgl. Boehmer, Erbfolge, S. 173.

[26]) Mit Rücksicht hierauf, nämlich den Unterschied zwischen Erklärung und tatsächlicher Ausübung, kann man mit Boehmer von Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auch dann sprechen, wenn gar keine Nachlaßgegenstände mehr vorhanden sind. Einer besonderen Bezeichnung für den Rechtsbehelf des Erben in diesem Falle bedarf es daher nicht; anders Endemann, s. oben S. 13.

Der nicht klar gefaßte § 1973 Abs. 2 Satz 1 und § 1990 Abs. 1 Satz 2 läßt auch hierüber Zweifel entstehen. Die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung hat sicher für die anderen Nachlaßgläubiger, die später aus dem Nachlaß Befriedigung verlangen, den Vorteil, daß durch die Zwangsvollstreckung eine ordnungsmäßige Verwertung des Nachlasses gewährleistet ist. Auf der anderen Seite ist zu beachten, daß die zwecks Erlangung eines Vollstreckungstitels entstandenen Kosten den Nachlaß zum Schaden aller Gläubiger kürzen. Es ist weiter für den einzelnen Gläubiger oft sehr umständlich und bedeutet nicht selten für ihn eine große Erschwerung, wenn er sich zu seiner Befriedigung erst einen Vollstreckungstitel beschaffen muß. Endlich erscheint eine Gesetzesbestimmung, die jemandem die freiwillige Befriedigung seiner Gläubiger verbieten will, nicht denkbar. Daher muß man es für zulässig halten, daß der Erbe sich mit dem Gläubiger dahin einigt, daß er ihm Nachlaßgegenstände an Erfüllungsstatt überträgt oder daß er ihm, falls der Nachlaß in Geld umgesetzt ist, die Geldsumme zahlt[27]). Eine Befriedigung des Gläubigers im technischen, in § 1973 Abs. 2 Satz 1 und § 1990 Abs. 1 Satz 2 vorgesehenen Sinne bedeutet dies nicht. Es ist auch stets anders als in den Fällen normaler Preisgabehaftung[28]), da das besondere Einverständnis des Gläubigers zu der nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden Befriedigung erforderlich ist.

---

[27]) So auch Planck, § 1973 5a, Boehmer, Erbfolge, S. 172, Strohal, Erbrecht, § 75, Anm. 32, Dernburg, § 166, Anm. 19, Beutler, S. 14, OLG 11, 227; a. A. Staudinger, § 1973 II 2b, Riesenfeld, 2. Bd., S. 233, 309, Hellwig, Lehrbuch, § 33, Anm. 41.

[28]) S. oben S. 12f.

3. Kapitel:

Die materiellrechtlichen Tatbestände, auf deren Grundlage die Vollstreckungspreisgabe in Funktion zu treten vermag.

1. Abschnitt:

Allgemeines über alle Anwendungsfälle der Vollstreckungspreisgabe.

§ 1973 setzt die Einleitung und Durchführung des Aufgebotsverfahrens der Nachlaßgläubiger mit abschließendem Ausschlußurteil [1], § 1989 die Beendigung des Konkurses durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich voraus. Bei § 1990 muß nach den Worten des Gesetzes die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen des Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich oder aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt sein. § 1992 behandelt schließlich den Fall der Ueberschuldung des Nachlasses durch Vermächtnisse und Auflagen.

I. Eine gemeinsame Bedingung für das Recht des Erben zur Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf Grund dieser Tatbestände ist die, daß er sein Haftungsbeschränkungsrecht noch nicht verloren hat (§ 2013 Abs. 1 Satz 1, I. Hälfte). Doch gilt dies bei allen Fällen der Vollstreckungspreisgabe nur für die Zeit bis zum Eintritt der angeführten Umstände [2]. Für die Zeit danach schaden ausnahmsweise bei § 1973 und § 1989 bestimmte Vorgänge, durch die sonst regelmäßig der Verlust des Haftungsbeschränkungsrechts eintritt, dem Erben nicht. So behält er gemäß § 2013 Abs. 1 Satz 2 und § 2000 Satz 3 das Recht zur Vollstreckungspreisgabe aus § 1973 und § 1989, wenn ihm Inventarsäumnis (§ 1994 Abs. 1 Satz 1) oder Inventaruntreue (§ 2005 Abs. 1) nach Erlassung des Ausschlußurteils oder nach Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich zur Last fällt. Das Recht zur Voll-

[1] Vgl. hierzu § 1970; §§ 989 ff., 952, 957 ZPO.

[2] Zu beachten ist, daß bei Verlust des Haftungsbeschränkungsrechts allen Gläubigern gegenüber der Erbe gar nicht mehr befugt ist, das Aufgebotsverfahren zu beantragen (§ 991 ZPO). Falls dieser Verlust während des Aufgebotsverfahrens eintritt, hat ein dennoch ergehendes Ausschlußurteil zum mindest keine materiellrechtlichen Wirkungen. Ueber die Frage, ob in solchen Fällen das Aufgebotsverfahren vom Gericht überhaupt weitergeführt werden darf oder aufzuheben ist, vgl. einerseits Staudinger, § 1970, 3, Abs. 3, andererseits Planck, § 1970, 1, Riesenfeld, 2. Bd., S. 264, Kretzschmar, § 74, Nr. 4.

streckungspreisgabe soll also hier ein möglichst endgültiges sein. Dagegen kann seine Verwirkung auch dort in Frage kommen, wo der Erbe nicht wie nach § 1994 Abs. 1 Satz 1 und § 2005 Satz 1 allen Nachlaßgläubigern, sondern nur einem einzelnen Gläubiger gegenüber des Rechts zur Haftungsbeschränkung verlustig geht, so bei der Verweigerung des Offenbarungseides (§ 2006) oder dem Verzicht auf die beschränkte Haftung. Diese Fälle, insbesondere der § 2006 sind in § 2013 Abs. 1 Satz 2 nicht erwähnt, und ebenso fehlt eine dem § 2000 Satz 3 entsprechende Bestimmung. Daraus folgt aber, daß hierdurch der Erbe das nach §§ 1973, 1989 einmal erworbene Recht zur Vollstreckungspreisgabe auch wieder verlieren kann [3]).

II. Die Schaffung der Voraussetzungen bei §§ 1973, 1989, 1990, 1992, an die sich das Recht des Erben zur Vollstreckungspreisgabe unmittelbar knüpft, beruht entweder auf dem Willen des Erben oder ist objektiv durch die Lage der Umstände gegeben. Das erstere ist bei § 1973 der Fall, sofern gemäß § 991 Abs. 1 ZPO auf Antrag des Erben (auch des einzelnen Miterben [4])) das Aufgebotsverfahren zur Anmeldung der Forderungen der Nachlaßgläubiger (§ 1970) durchgeführt wird [5]). Bezüglich § 1989 läßt sich dann von einer auf den Willen des Erben zurückführbaren Sachlage sprechen, wenn der nunmehr beendigte Nachlaßkonkurs auf Antrag des Erben (auch eines einzelnen Miterben) eröffnet wurde (vgl. § 217 KO). Dagegen handelt es sich bei § 1990 und § 1992 lediglich um die regelmäßig vom Willen des Erben losgelöste Beschaffenheit des Nachlasses, nämlich darum, ob er zur Deckung bestimmter Lasten ausreicht oder nicht.

Obgleich die Durchführung des Aufgebotsverfahrens mit dem Ausschlußurteil regelmäßig auf den Willen des Erben zurückzuführen ist, so hat doch das Aufgebotsverfahren nicht lediglich den Zweck, die Ausschließung von Nachlaßgläubigern zu erreichen, damit ihnen gegenüber dann die Vollstreckungspreisgabe aus § 1973 geltend gemacht werden kann [6]). Vielmehr besteht sein Hauptzweck darin, dem Erben eine Uebersicht über die Nachlaßschulden zu verschaffen [7]). Er soll wissen, wie er sich hinsichtlich des Nachlasses zu verhalten

---

[3]) Vgl. Planck, § 1970, 1, Abs. 2, § 1973, 1, § 2013, 2 am Ende, Staudinger, § 2013, II, Abs. 3, Riesenfeld, 2. Bd., S. 324 ff. für den Fall des § 1973; a. A. Strohal, Erbrecht § 73, Anm. 33, Kipp, § 76, 4, Leonhard, § 2006 I B, Riesenfeld, 2. Bd., S. 213 für den Fall des § 1989 (dieser Schriftsteller widerspricht sich hier bei der verschiedenen Behandlung von § 1973 und § 1989 offensichtlich).

[4]) Allerdings wirkt das von einem Miterben herbeigeführte Aufgebot zu Gunsten aller Erben (§ 979, Abs. 1 ZPO).

[5]) Anders ist es, wenn das Aufgebotsverfahren vom Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker beantragt wird.

[6]) Vgl. Endemann, 2. Hälfte, § 123 I, S. 914 und § 123 III, S. 918.

[7]) Es folgt dies auch aus § 1980 Abs. 2, wonach es dem Erben unter Umständen als Fahrlässigkeit angerechnet wird, wenn er das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht beantragt hat und ihm daher die Ueberschuldung des Nachlasses unbekannt geblieben ist; s. auch Boehmer, Erbfolge, S. 180, Kipp, § 76.

hat, ob also Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs oder die Vollstreckungspreisgabe auf Grund von § 1990 bzw. § 1992 am Platze ist, oder ob er unbesorgt um eine Schädigung seines Eigenvermögens nach Belieben den Nachlaß für sich verwenden kann, da die Nachlaßschulden gegenüber dem Nachlaßwert nur gering und durch letzteren gedeckt sind. Nur als Mittel zum Zweck erscheint es, wenn grundsätzlich diejenigen Nachlaßgläubiger, welche durch Nichtanmeldung ihrer Forderungen beim Aufgebot dem Erben die Uebersicht erschweren, von verschiedenen Rechtsnachteilen betroffen werden, die man nach dem Sprachgebrauch des Lebens als Strafe für ihr nachlässiges und gleichgültiges Verhalten bezeichnen kann. Einer dieser Nachteile der ausgeschlossenen Gläubiger ist, daß ihnen gegenüber dem Erben ohne weiteres das Recht zur Vollstreckungspreisgabe zusteht. Ihretwegen braucht der Erbe zu seiner Haftungsbeschränkung nicht die Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder die Anordnung der Nachlaßverwaltung zu beantragen. Weiter sind die ausgeschlossenen Gläubiger, sofern nicht über das Eigenvermögen des Erben das Konkursverfahren eröffnet wurde, nicht berechtigt, von sich aus die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu verlangen (§ 219 KO.). Daß das nach dem Ausschlußurteil vorhandene Recht des Erben zur Vollstreckungspreisgabe in erster Linie eine vom Gesetz beabsichtigte nachteilige Folge des Verhaltens der ausgeschlossenen Gläubiger darstellt, und nicht wie die sich auf §§ 1990, 1992 stützende Vollstrekkungspreisgabe lediglich den Selbstzweck der Haftungsbeschränkung hat, erkennt man auch daran, daß es durch Inventarsäumnis und Inventaruntreue des Erben nicht mehr wie sonst verloren gehen kann, sowie an den besonderen stärkeren Wirkungen, die sich an die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe gemäß § 1973 knüpfen. Der Erbe haftet hier nur mit dem Nachlaßüberschuß, der nach Abzug der nicht ausgeschlossenen Nachlaßverbindlichkeiten mit Ausnahme der Pflichtteils-, Vermächtnis- und Auflageschulden zur Befriedigung der ausgeschlossenen Gläubiger verbleibt.

Aehnlich der Sachlage bei Beantragung des Aufgebotsverfahrens verfolgt der Erbe mit dem Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses in der Hauptsache nicht den Zweck, nach Beendigung des Konkurses durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich die Vollstreckungspreisgabe aus § 1989 erklären zu können. Vielmehr stellt die Befugnis zur Vollstreckungspreisgabe auch hier nur eine sekundäre Folge des Vorgehens des Erben dar. Mit dem Antrag auf Konkurseröffnung bezweckt der Erbe in erster Linie, schon durch die Eröffnung des Konkurses selbst zu beschränkter Haftung nach § 1975 zu gelangen.

2. Abschnitt:
Einzeluntersuchung.

Nach den bisherigen Feststellungen, wie es zu den Tatbeständen kommt, auf die sich das Recht zur Vollstreckungspreisgabe stützt,

kann auf gesonderte Einzelbetrachtung der Tatbestände eingegangen werden. Da schon die Einrichtung der Vollstreckungspreisgabe an sich auf die Absicht des Gesetzes schließen läßt, auch ohne Nachlaßverwaltung und ohne Nachlaßkonkurs es möglichst zu einer beschränkten Haftung kommen zu lassen, wird bei Auslegung der einzelnen Tatbestände ein weiterer Maßstab anzulegen sein.

I. Die §§ 1973, 1989, bei denen über die allgemeinen Voraussetzungen — Aufgebotsverfahren mit Ausschlußurteil und Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich — nach den eindeutigen Gesetzesvorschriften keine Zweifel bestehen, lassen sich am zweckmäßigsten unter dem Gesichtspunkt erörtern, welchen Gläubigern gegenüber im einzelnen die Vollstrekkungspreisgabe zur Anwendung kommen kann.

1.) Bei § 1973 sind es diejenigen Nachlaßgläubiger, die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen werden. Grundsätzlich sind, wie bereits betont ist, die Gläubiger ausgeschlossen, welche ihre Rechte nicht ordnungsmäßig im Aufgebotsverfahren anmelden [8]) und somit dem Erben die Kenntnis und Uebersicht über den Stand der Passiven erschweren. Hierzu gehören auch die dem Erben bekannten Gläubiger. Dies ergibt sich aus § 1970, der einfach von Nachlaßgläubigern spricht und nicht wie § 1974 dem Erben bekannte Gläubiger unterscheidet, ferner aus § 994 Abs. 2 ZPO, wonach den bekannten Gläubigern das Aufgebot besonders zugestellt werden soll [9]). Ebenso sind nach durchaus herrschender Meinung [10]) rechtshängige oder bereits rechtskräftig festgestellte Forderungen sowie noch nicht fällige und bedingte Ansprüche anzumelden. Endlich sind noch als anmeldepflichtig besonders Forderungen zu erwähnen, deren Entwicklung aus bereits vorhandenen Tatbeständen sich voraussehen läßt, wie z. B. aus einer vom Erblasser übernommenen Bürgschaft [11]) oder einer stattgefundenen Wechselindossierung [12]). Der Grund für diese umfassende Anmeldepflicht liegt in dem Zweck des Aufgebotsverfahrens,

---

[8]) Das heißt Anmeldung mit Angabe des Gegenstandes und Grundes der Forderung. Ein Verstoß hiergegen bedeutet Unwirksamkeit der Anmeldung. Es kann daher vorkommen, daß ein Gläubiger mit einer Forderung ausgeschlossen wird, mit der anderen nicht; vgl. Riesenfeld, 2. Bd., S. 290. — Auch die Anmeldung nur eines Teils einer Forderung läßt die Ausschlußwirkung hinsichtlich des nichtangemeldeten Teils der Forderung eintreten; vgl. OLG 21, 61.

[9]) Endemann, 2. Hälfte, § 123, Anm. 1.

[10]) Vgl. Planck, § 1970, 4, Staudinger, § 1970, 4 am Ende, Strohal, Erbrecht, S. 234 f., Riesenfeld, 2. Bd., S. 292 f., Kretzschmar, § 74 III 6.

[11]) Dieser Fall wird häufig auch als bedingte Schuld bezeichnet; vgl. Strohal, § 75 II im „Erbrecht", Riesenfeld, 2. Bd., S. 293; anders Buch, S. 38: Bürgschaft ist keine bedingte, sondern subsidiäre Schuld.

[12]) Dagegen wird man mit Planck, § 1971/72 3c, Strohal, Erbrecht, § 75 II 3, Riesenfeld, 2. Bd., S. 293 annehmen müssen, daß vom Aufgebot solche Forderungen nicht betroffen werden, die erst nach dem Erlaß des Ausschlußurteils zur Entstehung gelangen oder so kurze Zeit davor, daß dem Gläubiger die Anmeldung nicht mehr zugemutet werden kann.

nach allen Richtungen hin offenkundig werden zu lassen, welche Nachlaßgläubiger Befriedigung beanspruchen wollen. Auch spielt bei dieser weitgreifenden Anwendungsmöglichkeit der Vollstreckungspreisgabe nach § 1973 der bereits betonte Gedanke [13]) eine Rolle, dem Erben eine leichte Herbeiführung der beschränkten Haftung so weitgehend wie möglich zu gestatten.

Ausnahmen von dem Grundsatz, daß nicht ordnungsmäßig angemeldete Rechte ausgeschlossen werden, und daher der Vollstreckungspreisgabe unterliegen, macht das Gesetz selbst ausdrücklich in den §§ 1971, 1972. Hiernach werden einmal die sogenannten Realgläubiger, dies sind die auch dinglich an Nachlaßgegenständen Berechtigten, bezüglich ihres dinglichen Rechts von der Ausschlußwirkung nicht betroffen. Sie behalten ihr Befriedigungsrecht aus den ihnen sonderhaftenden Nachlaßgegenständen auf jeden Fall und werden nur mit ihrem dem dinglichen Recht zu Grunde liegenden persönlichen Anspruch bei Nichtanmeldung ausgeschlossen. Ebenso wie mit den Realgläubigern verhält es sich nach § 1972 mit den sogenannten Erbfallgläubigern, also den Gläubigern aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen: Sie werden ebenfalls durch das Aufgebot nicht betroffen, sind also auch der Vollstreckungspreisgabe mit ihrer haftungsbeschränkenden Wirkung nicht ausgesetzt [14]).

Nach § 992 ZPO soll der Erbe seinem Antrag auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens ein Verzeichnis der bekannten Nachlaßgläubiger beifügen. Falls der Erbe hierbei einen ihm bekannten Gläubiger nicht angibt, diesem daher das Aufgebot auch nicht gemäß § 994 Abs. 2 ZPO vom Gericht besonders zugestellt wird und der Gläubiger seine Forderung in Unkenntnis des Aufgebots nicht anmeldet, kann der Erbe trotz der Nichtanmeldung nicht die Vollstreckungspreisgabe geltend machen. Diese weitere Ausnahme von dem Grundsatz, daß nichtangemeldete Forderungen als ausgeschlossen zu behandeln sind, ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 162 Abs. 2: Da der Erbe den ihm zum Vorteil gereichenden Ausschluß des betreffenden Nachlaßgläubigers wider Treu und Glauben herbeigeführt hat, gilt der Ausschluß als nicht erfolgt [15]).

---

[13]) S. oben S. 21.

[14]) Der Grund für die erstere Ausnahme ist m. E. darin zu finden, daß der Zweck des Aufgebotsverfahrens nur die Feststellung der den Nachlaß als Ganzes treffenden Verbindlichkeiten verlangt. Die Sonderstellung der Erbfallgläubiger erscheint besonders deswegen berechtigt, weil ein Testament erst lange nach dem Erlaß des Ausschlußurteils aufgefunden werden kann, wenn also die Möglichkeit der Meldung zum Aufgebot erloschen ist. Siehe Planck, § 1971/72, 1; § 1972, 1, Staudinger, § 1971, 1; § 1972, 1.

[15]) Ebenso Boehmer, Erbfolge, S. 190. — Kipp, § 76, II 6 sieht in der Sonderbehandlung des hier in Frage stehenden Nachlaßgläubigers eine Schadensersatzleistung (§ 249) des Erben, zu der dieser nicht nach § 823 Abs. 2 wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 992 ZPO), wohl aber wegen Verletzung einer in den Rahmen des zwischen Erben und Nachlaßgläubiger bestehenden Schuldverhältnisses gehörenden Verbindlichkeit (§ 992 ZPO) verpflichtet sei. — Anders als oben im Text Leonhard, § 1970 III, 1971 III, nach dessen Meinung

2.) Der Kreis der Nachlaßgläubiger, denen gegenüber nach § 1989 die Vollstreckungspreisgabe in Funktion zu treten vermag, läßt sich zunächst negativ abgrenzen.

So scheiden nach Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse die nach den Regeln des Konkursrechts in das Schlußverzeichnis aufgenommenen Nachlaßforderungen aus, falls nach Vollzug der Schlußverteilung Beträge, die von der Masse zurückbehalten sind, für diese frei werden, oder Beträge, die aus der Masse gezahlt sind, dahin zurückfließen oder endlich zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden, und diese nunmehr neu zur Verfügung stehenden Werte zur Befriedigung der betreffenden Nachlaßforderungen ausreichen. In diesem Falle hat gemäß § 166 KO als Anhang zur Schlußverteilung eine sogenannte Nachtragsverteilung stattzufinden [16]); eine weitere Haftung des Erben, auf welche gegebenenfalls mit der Vollstreckungspreisgabe eingewirkt werden kann, steht dann nicht in Frage [17]).

Die Vollstreckungspreisgabe kommt somit nach Beendigung des Konkurses durch Verteilung der Masse nur insoweit in Betracht, als den Gläubigern nicht eine Nachtragsverteilung zugute kommt. Dies ist bei einzelnen Gläubigern der Fall, wenn sie auf Grund des Schlußverzeichnisses bei einer stattfindenden Nachtragsverteilung nicht zu berücksichtigen sind. Es betrifft alle Nachlaßgläubiger, wenn überhaupt keine Nachtragsverteilung Platz greift. Eine solche findet nicht statt, wenn nach erfolgtem Verteilungsverfahren ein Masseüberschuß dem Erben deswegen ausgeliefert wurde, weil sich mit Rücksicht auf die im Konkursverfahren zu berücksichtigenden Forderungen der Mangel der Ueberschuldung herausstellte. Ebenso kommt es nicht zur Nachtragsverteilung, wenn irrtümlich für wertlos oder unverwertbar gehaltene Massegegenstände dem Erben ausgeliefert wurden, jetzt aber deren wahrer Wert erkannt wird [18]).

Ist der Nachlaßkonkurs durch Zwangsvergleich beendigt worden, so kommt die Vollstreckungspreisgabe den am Vergleich teilnehmenden Gläubigern gegenüber nicht in Betracht. Im Verhältnis zu diesen hat der Erbe mit dem Zwangsvergleich regelmäßig hinsichtlich eines Bruchteils ihrer Forderungen endgültig die unbeschränkte Haftung übernommen [19]). Dies ergibt sich daraus, daß der Vergleich den Gläubigern doch einen Vorteil bringen soll, es aber

---

auch einem solchen Gläubiger die Vollstreckungspreisgabe erklärt werden kann.

[16]) Zu beachten ist jedoch, daß das Gericht eine Nachtragsverteilung ablehnen kann, wenn sie sich nicht verlohnt; s. Jäger, Konkursordnung, § 166, Anm. 10.

[17]) Staudinger, § 1989, 2, Planck, § 1989, 2; abweichend OLG 18, 316.

[18]) Diese Gegenstände können i. S. des § 166 KO nicht als nachträglich „ermittelt" gelten; Jäger, KO § 166 Anm. 6; RG 25, S. 8.

[19]) Vgl. Planck, § 1989, 3; Staudinger, § 1989, 3; Strohal, Erbrecht, § 80 Anm. 20a; Riesenfeld, II. Bd., S. 209; Jäger KO, § 230 Anm. 15.

keines Vergleichs bedarf, wenn die Gläubiger sich mit dem durch die Verwertung der Konkursmasse ergebenden Erlös begnügen wollen. — Aber selbst vom Standpunkt der Gegenansicht[20]) aus, wonach die Rechte aus dem Vergleich den Gläubigern im Zweifel nur den Zugriff auf den Nachlaß gestatten, sowie auch in dem selten vorkommenden Falle, wo der Erbe ausdrücklich bei Abschluß des Zwangsvergleichs seine Haftung auf den Nachlaß beschränkt, kann § 1989 nicht zum Zuge kommen. Denn dann wäre Grundlage der Haftung der Vergleich, während die spezifische Erbenhaftung grundsätzlich erledigt wäre. Es würde also eine vereinbarte Haftungsbeschränkung vorliegen, die schon als solche der Anwendung des § 1989 vorginge.

Nach Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Zwangsvergleich steht die Geltendmachung der Vollstreckungspreisgabe also nur solchen Gläubigern gegenüber in Frage, die nicht am Vergleich teilnehmen. Dies sind einmal nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (KO § 230 Abs. 2) die Gläubiger aus Schenkungen des Erblassers, Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen und die durch Aufgebot ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger, sowie die bevorrechtigten Gläubiger und Massegläubiger[21]), (KO §§ 173, 193). Ebenso nehmen nach überwiegender Ansicht[22]) auch die zum Konkurs nicht angemeldeten Forderungen am Zwangsvergleich nicht teil. Dem steht scheinbar die Vorschrift des § 193 KO entgegen, wonach auch gegenüber den nicht am Konkursverfahren teilnehmenden Gläubigern der Zwangsvergleich wirksam ist. Diese gesetzliche Bestimmung ist aber zunächst nur für den gewöhnlichen Konkurs vorgesehen und in diesem Falle als durchaus berechtigt anzuerkennen. Denn hier kennt der Gemeinschuldner im allgemeinen auch die nichtangemeldeten Forderungen, sodaß er diese bei seinen Vergleichsvorschlägen mit in Betracht ziehen kann. Im Falle des Nachlaßkonkurses aber ist die Lage eine ganz andere. Hier wird der Erbe regelmäßig über die einzelnen Schulden des Erblassers nicht unterrichtet sein und braucht es nicht zu sein. Da er sie daher bei seinem Vergleichsvorschlag nicht mit berücksichtigen kann, wäre es unbillig, ihn später wegen nicht angemeldeter Forderungen auf Grund eines Vergleichs unbeschränkt in Anspruch nehmen zu lassen, den er unter ganz anderen Voraussetzungen abgeschlossen hat[23]). Mit

[20]) Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 183, 178; Kipp, § 79 VII 2b; RGRK, § 1989, 3.

[21]) Diese Gläubiger hat der Konkursverwalter nach § 191 KO vorweg zu befriedigen bzw. sicherzustellen.

[22]) Planck, § 1989, 3; Strohal, Erbrecht, § 80 Anm. 22; Leonhard, § 1989, II B; Kretzschmar, § 82 XI 2 e; Kipp, § 79 VII 2 b; Crome, § 729, 5 b; Endemann, 2. Hälfte, § 127 VI c; Riesenfeld, S. 193 f.; a. M.: Seuffert in ZZP 22, 518; Staudinger, § 1989, 3; Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 182 ff.; RGRK, § 1989, 3.

[23]) Aus dieser Erwägung erklärt sich andererseits, daß auch im Nachlaßkonkurse für solche nicht bevorrechtigten Gläubiger, die sich zwar gemeldet, aber sich im übrigen nicht um den Vergleich gekümmert oder gar dagegen gestimmt haben, die Bestimmung des § 193 KO Platz greift; sie werden also vom Zwangsvergleich betroffen (s. Riesenfeld, II. Bd., S. 193).

Recht weist Jäger[24]) darauf hin, daß die Uebernahme persönlicher Haftung im Zwangsvergleich auf dem freien Willen des Erben beruht; es ist nicht anzunehmen, daß der Erbe auch allen nicht gemeldeten Nachlaßgläubigern persönlich haften will. Diese werden aber auch nicht von dem Teilerlaß betroffen, den im allgemeinen der Zwangsvergleich zum Inhalt hat, sondern behalten ihre Forderungen in der ursprünglichen Höhe[25]). Man kann diesen Gläubigern nicht auf der einen Seite die vom Erben im Zwangsvergleich übernommene persönliche Haftung vorenthalten, sie aber andererseits an den Zwangsvergleich hinsichtlich der darin festgelegten Herabsetzung der Forderungen binden. Der Zwangsvergleich verbessert weder die Rechtstellung der nicht angemeldeten Gläubiger, noch verschlechtert er sie.

Die Vollstreckungspreisgabe aus § 1989 kommt hiernach gegenüber allen von einer Nachtragsverteilung oder einem Zwangsvergleich nicht betroffenen Gläubigern zur Anwendung. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Nachlaßkonkurses, den Erben endgültig von der persönlichen Haftung zu befreien. Diesem Ziel dient die unterschiedslose, an keine besonderen Bedingungen geknüpfte Gewährung der Vollstreckungspreisgabe, sodaß der Erbe zur Herbeiführung der beschränkten Haftung nicht der normalen Beschränkungsmittel Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs bedarf[26]). Die Vollstreckungspreisgabe aus § 1989 steht dem Erben daher auch gegenüber den Erbfallgläubigern zu.

II. Während sich bei § 1973 und § 1989 zuweilen darüber Zweifel ergaben, welchen Gläubigern gegenüber im einzelnen die Vollstreckungspreisgabe Anwendung findet, ist diese Frage bei § 1990 und § 1992 durch das Gesetz selbst recht klar entschieden. So kann bei § 1990 die Vollstreckungspreisgabe regelmäßig allen Nachlaßgläubigern erklärt werden, bei § 1992 gegenüber allen Vermächtnisnehmern und Auflageberechtigten[27]). Man hat es bei der Vollstreckungspreisgabe aus den §§ 1990, 1992 ähnlich wie bei Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs insofern mit einem normalen Beschränkungsmittel zu tun, als es allen Nachlaßverbindlichkeiten gegenüber

---

[24]) Jäger, KO § 230 Anm. 18.

[25]) Anders: Boehmer, Erbfolge, S. 163; wie oben Planck, § 1989, 3d; s. auch Riesenfeld, II. Bd., S. 210.

[26]) Siehe Boehmer, Erbfolge, S. 148, 163f. — Ganz anders ist es bei der Nachlaßverwaltung, deren Zweck regelmäßig nach Boehmer, Erbfolge, S. 147, „nicht eine endgültige Aufzehrung des Nachlasses durch Befriedigung der Nachlaßgläubiger, sondern nur eine gesicherte Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten" ist. Daraus erklärt sich, daß nach Beendigung der Nachlaßverwaltung die Haftung sich wieder wie zuvor gestaltet, also nur mit den gewöhnlichen Mitteln beschränkbar ist. So auch die herrschende Meinung; dagegen RGRK, § 1968, 4; Kipp, § 78 XI 2; Dernburg, § 169 I.

[27]) Wendt, a. a. O., S. 413, 414 will entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut und ohne sonstigen zureichenden Grund bei § 1992 die Pflichtteile den Vermächtnissen und Auflagen gleichsetzen; dagegen s. Planck, § 1992, 3; Staudinger, §§ 1990/92 I 4; Strohal, Erbrecht, § 82 Anm. 1a; Kretzschmar, § 83, II 3.

oder wenigstens einer bestimmten Gruppe von ihnen gegenüber Geltung hat, die durch die natürliche Eigenart der Ansprüche (Vermächtnisse, Auflagen), nicht aber durch sonstige dazu tretende Umstände (Ausschlußurteil) bestimmt wird. Zweifels- und Streitfragen ergeben sich bei § 1990 und § 1992 darüber, wann und unter welchen Voraussetzungen der Erbe den bezeichneten Gläubigern gegenüber das Recht der Vollstreckungspreisgabe ausüben kann.

1.) Mit der wohl herrschenden Lehre[28]) ist für § 1990 anzunehmen, daß Dürftigkeit, d. h. eine Geringfügigkeit des Nachlasses vorliegen muß, die eine Nachlaßverwaltung oder einen Nachlaßkonkurs wegen der damit verbundenen Kosten nicht rechtfertigen würde. Daß im § 1990 Ueberschuldung, d. h. Nichtgedecktsein der Nachlaßverbindlichkeiten durch den Wert des Nachlasses nicht vorausgesetzt ist, geht aus der Erwähnung der Nachlaßverwaltung hervor; es folgt ferner aus der Absicht des Gesetzes, es möglichst zu einer beschränkten Erbenhaftung kommen zu lassen[29]). Auch bei Zulänglichkeit des Nachlasses hat ein Haftungsbeschränkungsmittel die wichtige Bedeutung, den Zugriff der Nachlaßgläubiger auf Nachlaßgegenstände einzuschränken[30]). Mit Recht weist Dernburg (S. 490) auf den auch für die heutige Zeit geltenden Umstand hin, daß die Vermögenslage eines sehr großen Teiles des deutschen Volkes so beschaffen ist, daß damit die Kosten eines amtlichen Verfahrens nicht gedeckt werden können. Soll man etwa in diesen Fällen das Recht zur Vollstreckungspreisgabe und damit jede Haftungsbeschränkungsmöglichkeit den meist ebenfalls unbemittelten Erben deswegen versperren, weil der dürftige Nachlaß an sich zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger zulänglich ist? Dies kann niemals im Sinne des Gesetzes liegen.

Bei Vorhandensein mehrerer Erben ist zu beachten, daß der einzelne Miterbe, wie vor der Teilung so auch nach der Teilung des Nachlasses, das Recht der Vollstreckungspreisgabe nur ausüben kann, wenn der gesamte Nachlaß dürftig ist, dieser Umstand also nicht nur bezüglich der dem Miterben nach der Teilung überlassenen Gegenstände vorliegt. Das folgt daraus, daß § 1990 die amtlichen Beschränkungsmittel ersetzt, diese aber auch nur über den ganzen Nachlaß denkbar sind. Da nach der Teilung eine Nachlaßverwaltung außerdem überhaupt nicht mehr zulässig ist (§ 2062 Satz 2), kann bei nicht überschuldetem, nicht dürftigem Nachlaß jetzt auch nicht mehr die Vollstreckungspreisgabe aus § 1990 erklärt werden[31]). Es handelt bei der Dürftigkeit lediglich um die materiellrechtliche Beschaffenheit des Nachlasses. Daher ist es auch gleichgültig und nicht erforderlich, daß ein Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröff-

---

[28]) Planck, § 1990, b; RGRK § 1990. 1; Leonhard, § 1990, I; Strohal, Erbrecht, § 81 Nr. 1; Dernburg, § 170 I; Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 208 Nr. 16; Riesenfeld, 2. Bd., S. 223; a. A.: Staudinger, §§ 1990/92 II A 3; Hachenburg, S. 683.

[29]) Siehe oben S. 21.

[30]) Vgl. oben II. Kap., S. 13.

[31]) Beutler, S. 43, 44; vgl. Boehmer, Erbfolge, S. 192.

nung des Nachlaßkonkurses gestellt und dieser abgelehnt worden ist [32]).

2.) Gerade umgekehrt als bei § 1990 setzt die Vollstreckungspreisgabe aus § 1992 keine Dürftigkeit des Nachlasses, wohl aber Ueberschuldung voraus. Die im Schrifttum aufgeworfene Frage, ob die Ueberschuldung lediglich auf Vermächtnissen und Auflagen beruhen darf, also den der Vollstreckungspreisgabe aus § 1992 ausgesetzten Verbindlichkeiten, muß m. E. folgendermaßen beantwortet werden.

Der Wortlaut des § 1992 spricht dafür, daß dem Erben lediglich bei Ueberschuldung durch Vermächtnisse und Auflagen das Recht zur Vollstreckungspreisgabe zusteht. Man kommt aber zu einem anderen Ergebnis, wenn man sich den Zweck des § 1992 klar macht. Diese Vorschrift ist doch vor allem mit Rücksicht darauf geschaffen, daß es regelmäßig nicht im Sinne des Erblassers liegen wird, wegen der von ihm selbst angeordneten Verfügungen (Vermächtnisse und Auflagen) einen Nachlaßkonkurs herbeizuführen. Dem entspricht auch § 219 Abs. 1 Satz 2 KO, wonach ein Vermächtnisnehmer oder ein zur Vollziehung einer Auflage Berechtigter grundsätzlich nicht den Nachlaßkonkurs beantragen kann. Ebenso kann auf der anderen Seite der Erbe wegen der genannten Gläubiger nach § 1980 Abs. 1 S. 3 den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses unterlassen, ohne sich deswegen schadensersatzpflichtig zu machen. Um eine Haftungsbeschränkung auch ohne Konkurs zu erreichen, hat der Erbe das Recht aus § 1992. — Durch Aufgebot ausgeschlossene Gläubiger, sowie diesen nach § 1974 gleichstehende Gläubiger, haben nun gemäß § 219 Abs. 1 Satz 1 KO ebenso wie Vermächtnisnehmer oder Auflageberechtigte kein Konkursantragsrecht. Ihretwegen trifft auch den Erben nach § 1980 keine Pflicht zum Antrag auf Konkurseröffnung; denn Nachlaßverbindlichkeiten, welche im Falle der Ueberschuldung überhaupt nicht berichtigt zu werden brauchen [33]), können bei Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses außer Betracht bleiben. Der Erbe hat hier das Recht zur Vollstreckungspreisgabe aus § 1973 bzw. § 1974. Nach § 1980 ist der Erbe aber zum Antrag auf Konkurseröffnung [34]) nicht nur dann nicht verpflichtet, wenn die Ueberschuldung entweder auf Vermächtnissen und Auflagen oder auf ausgeschlossenen bzw. diesen nach § 1974 entsprechenden Verbindlichkeiten beruht, sondern auch dann, wenn die Ueberschuldung auf alle genannten Verbindlichkeiten zugleich zurückzuführen ist. Dem muß bei derartiger Ueberschuldung auf der anderen Seite auch entsprechen, daß der Erbe, ohne daß es der Eröffnung des Nachlaßkonkurses bedarf, mittels der Vollstreckungspreisgabe die

---

[32]) Planck, § 1990 a; Staudinger, §§ 1990/92 II A 3; Endemann, 2. Hälfte, § 128 II b 2; Riesenfeld, 2. Bd., S. 229; a. M.: Wendt, S. 380, der einen dürftigen Nachlaß nur dann als vorliegend erachtet, wenn der Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses zurückgewiesen wurde.

[33]) Nach § 1973 haftet ihnen der Erbe ja nur mit dem nach Befriedigung anderer Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Ueberrest (Näheres s. unten, 4. Kap., 1. Abschn. § 1, S. 37).

[34]) Staudinger, § 1980, 1 d.

Haftung beschränken kann. Hinsichtlich der ausgeschlossenen und der diesen nach § 1974 gleichstehenden Gläubiger steht ihm dieses Recht nach §§ 1973, 1974 ohne weiteres zu. Ebenso muß er auch den Vermächtnisnehmern und Auflageberechtigten gegenüber die Haftungsbeschränkung durch die Vollstreckungspreisgabe aus § 1992 herbeiführen können.

Es ergibt sich also, daß die Ueberschuldung für das Recht zur Vollstreckungspreisgabe aus § 1992 nicht nur auf Vermächtnissen und Auflagen, sondern auch auf ausgeschlossenen oder diesen gleichstehenden Ansprüchen beruhen kann[35]). Hierfür ist m. E. ganz gleichgültig, ob die ausgeschlossenen Gläubiger ihre Forderungen noch nicht geltend gemacht haben[36]). Ueberschuldung durch alle diese Ansprüche bedeutet auch nicht, wie Huhn[37]) annimmt, daß alle anderen Nachlaßverbindlichkeiten schon getilgt sein müssen[38]). Sie liegt vielmehr schon dann vor, wenn sämtliche nichterfüllten Nachlaßverbindlichkeiten durch den vorhandenen Nachlaßwert nicht gedeckt sind.

3. Die Vollstreckungspreisgabe aus §§ 1990, 1992 kann bei Vorliegen der soeben festgestellten möglichen Voraussetzungen — Dürftigkeit bezw. Ueberschuldung durch die benannten Ansprüche — allen Nachlaßgläubigern bzw. nur den Vermächtnisnehmern und Auflageberechtigten gemäß § 1990 Abs. 2 auch dann erklärt werden, wenn die betreffenden Gläubiger nach dem Erbfalle bereits im Wege der Vollstreckung oder der Arrestvollziehung[39]) oder der Zwangsvormerkung ein Sonderrecht an einzelnen Gegenständen erlangt hatten, also ein dingliches Recht, das noch nicht zu endgültiger Befriedigung geführt hat. Die Gegenstände können zum Eigenvermögen[40]) des

---

[35]) Vgl. Planck, 3. Aufl., § 1992, 7, der mit Rücksicht auf die ausgeschlossenen Gläubiger von einer Ueberschwerung des Nachlasses mit Vermächtnissen und Auflagen spricht; s. a. Strohal, Erbrecht, § 82 II; Cosack, § 175 II 1 aα; Crome, § 731 II; Leonhard § 1992 II; a. A.: Planck, 4. Aufl., § 1992, 7; Staudinger, § 1992 I 4; Kipp, § 80 IX; Endemann, 2. Hälfte, § 128 I; Riesenfeld, 2. Bd., S. 254; s. a.: Kretzschmar, § 83 II 2, der ohne zureichenden Grund neben Vermächtnissen und Auflagen eine auf irgendwelchen sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten beruhende Ueberschuldung genügen läßt.

[36]) a. A.: Planck, § 1992, 7; RGRK, § 1992, 1.

[37]) Huhn, a. a. O., S. 58, 60.

[38]) Die logische Folge einer solchen Auffassung wäre, daß der Erbe z. B. einem Vermächtnisnehmer, der als erster vor allen anderen Nachlaßgläubigern Befriedigung verlangt, die Vollstreckungspreisgabe aus § 1992 nicht erklären kann, sondern zwecks Haftungsbeschränkung Nachlaßkonkurs herbeiführen muß; ein dem Zwecke des § 1992 sicher widersprechendes Ergebnis; nicht folgerichtig daher Huhn, S. 61 f.

[39]) Durch Pfändung von beweglichen Sachen: vgl. §§ 930, 931, 804 ZPO oder durch Eintragung einer Sicherungshypothek bei Grundstücken (§§ 932, 867, 868 ZPO), ist dies möglich.

[40]) Nur für diesen Fall erachtet Endemann, 2. Hälfte, § 128 IV d 1 die Vorschrift des § 1990 Abs. 2 für anwendbar. Aus dem Text, der ganz allgemein von Vollstreckungsmaßregeln spricht, folgt aber, daß § 1990 Abs. 2 sich sowohl auf Maßregeln in den Nachlaß wie in das Eigenvermögen bezieht.

Erben oder zum Nachlaß gehören. Besonders im ersteren Falle hat die Bestimmung des § 1990 Abs. 2 für den Erben großen praktischen Wert, da sie rückwirkend sein eigenes Vermögen vor Vollstreckungsmaßnahmen schützt [41]). Bei einer in Nachlaßgegenstände erfolgten Vollstreckungsmaßnahme hat § 1990 Abs. 2 für den Erben die Bedeutung, daß er sie nur insoweit gelten zu lassen braucht, als sie mit den mit der Vollstreckungspreisgabe verbundenen Befugnissen im Einklange steht. Hier spielt vor allem die Vorschrift des § 1991 Abs. 4 eine erhebliche Rolle. Hat nämlich ein Erbfallgläubiger eine der geschilderten Vollstreckungsmaßregeln erwirkt, so wird der Erbe dadurch nicht gehindert, die ihm vorgeschriebene konkursmäßige Reihenfolge bei der Befriedigung dieser Gläubiger dadurch zu wahren, daß im Konkurs vorgehende Ansprüche aus den betreffenden Nachlaßgegenständen vorweg berichtigt werden.

Abschließend ist für alle Anwendungsfälle der Vollstreckungspreisgabe noch zu bemerken, daß mit dem Eintritt der erläuterten Tatbestände — Ausschlußurteil, Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich usw. — eine unmittelbare Umwandlung der der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Ansprüche bzw. eine Haftungsbeschränkung für den Erben nicht verknüpft ist. Im Falle der Beendigung des Nachlaßkonkurses in der angegebenen Weise tritt im Gegenteil bei den für die Vollstreckungspreisgabe in Betracht kommenden Verbindlichkeiten an Stelle der beschränkt gewesenen zunächst wieder unbeschränkte Haftung ein. Es sind also lediglich die Tatbestände vorhanden, auf die sich nun die Befugnis zur Vollstreckungspreisgabe mit den erst hieran sich knüpfenden Wirkungen unmittelbar zu stützen vermag [42]). Diese Wirkungen sind jetzt näher darzustellen.

---

[41]) Die Notwendigkeit und Möglichkeit einer formellen Aufhebung der bereits erfolgten Maßregeln des Gläubigers ergibt sich m. E. jedoch noch nicht aus § 1990 Abs. 2, sondern erst aus § 781 ZPO bzw. der analogen Anwendung des § 784 Abs. 1 ZPO. Daher ist m. E. auch § 1990 Abs. 2 in keiner Weise gegenüber den Bestimmungen der ZPO überflüssig. (RGRK, § 1990, 5; Leonhard, § 1990 Abs. 2 C).

[42]) Es läßt sich besonders bzgl. § 1973 und § 1989 sagen, daß die kurz nach dem Erbfall zunächst nur vorhandene Möglichkeit zur Vollstreckungspreisgabe durch den Eintritt besonderer Tatsachen (Ausschlußurteil usw.) zu einem Recht erstarkt ist.

4. Kapitel:

Die materiellrechtlichen Wirkungen der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf das Rechtsverhältnis des Erben zu den Nachlaßgläubigern.

1. Abschnitt:
Der Einfluß auf die Haftung.

§ 1. Die gegenständlich beschränkte Haftung.

I. Allgemeines.

Die Hauptwirkung der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf das Rechtsverhältnis des Erben zu den Nachlaßgläubigern besteht darin, daß die Haftung des Erben für die Nachlaßforderung des jeweiligen Erklärungsempfängers beschränkt wird.

Es ist bereits dargelegt worden, daß eine Haftungsbeschränkung mit diesem Rechtsbehelf allen Nachlaßgläubigern gegenüber regelmäßig nur im Falle der Dürftigkeit des Nachlasses, aber nur gegenüber einem Teil von ihnen in den übrigen Fällen möglich ist.

Die Haftungsbeschränkung, wie sie nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe besteht, ist wie bei den amtlichen Haftungsbeschränkungsmitteln, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs, regelmäßig gegenständlicher Art [1]), was Haftung mit dem Nachlaß (cum viribus hereditatis) bedeutet, im Gegensatz zur Haftung mit dem gesamten Eigenvermögen des Erben in Höhe des Nachlaßwertes (pro viribus hereditatis). Daß es sich hier um gegenständliche Haftungsbeschränkung handelt, folgt schon aus dem Wortlaut der §§ 1973 Abs. 1 S. 1, 1990 Abs. 1 S. 1, wonach der Erbe die Befriedigung von Nachlaßgläubigern insoweit verweigern kann, als der Nachlaß (also nicht der Wert des Nachlasses) nicht ausreicht bzw. durch Befriedigung nicht ausgeschlossener Gläubiger erschöpft wird.

Diese gegenständliche Haftung hat ihrer Natur nach stets die Möglichkeit der Absonderung der zunächst durch Annahme der Erbschaft zu einer rechtlichen Einheit, zu einem Gesamtvermögen verschmolzenen Vermögensmassen [2]), Nachlaß und Eigenvermögen, zur Voraussetzung. Mit Recht weist daher Endemann [3]) auf folgenden nicht unmittelbar vom Gesetz aufgestellten, aber zwingend aus der

[1]) Vgl. z. B. Planck, Vorbem. vor § 1975 III 2; Staudinger, Vorbem. vor § 1975 III 8.

[2]) Siehe Boehmer, Erbfolge, S. 31; ders. in der RG-Festschrift, a. a. O., S. 259; auch Endemann, 2. Hälfte, S. 861.

[3]) Endemann, 2. Hälfte, S. 861.

Natur der Sache sich ergebenden allgemeinen Grundsatz hin: Wenn Nachlaß und Eigenvermögen des Erben derart vermischt und vermengt sind, daß eine Trennung nach den Herkunftsmassen nicht mehr möglich ist, haftet der Erbe weiterhin unbeschränkt mit dem ungeschiedenen Gesamtvermögen. Dies bedeutet in Anwendung auf die §§ 1973, 1989, 1990, 1992, daß die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe dann zwar rein theoretisch möglich sein kann, praktisch aber doch nicht zu beschränkter Haftung zu führen vermag. —

Sofern die Vermögenssonderung überhaupt möglich ist, muß man sich die rechtliche Trennung des Nachlasses von den sonstigen Gütern des Erben schon bei Erklärung der Vollstreckungspreisgabe als vollzogen vorstellen, da dies der Zeitpunkt ist, in dem die Haftung beschränkt wird. Die tatsächliche Sonderung wird allerdings im allgemeinen erst bei Ausübung der Vollstreckungspreisgabe erfolgen. Es hängt dies damit zusammen, daß der Erbe hier anders als nach Eröffnung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses den Nachlaß in eigenem Besitz und eigener Verwaltung behält.

Die Nachlaßsonderung bewirkt, daß der Nachlaß und das sonstige Vermögen des Erben, obwohl sie beide demselben Rechtssubjekt gehören, in mannigfacher Hinsicht wie die Vermögen verschiedener Personen behandelt werden[4]). So ergibt sich z. B. aus § 1991 Abs. 2, daß rechtliche Beziehungen, die zwischen Erblasser und Erben vorhanden waren, als zwischen den beiden Vermögensmassen fortbestehend zu erachten sind. Es können sogar neue Rechtsbeziehungen zwischen den Vermögensmassen entstehen. Besonders deutlich zeigt sich die Selbständigkeit des vom Erbenvermögen gesonderten Nachlasses bei dem in § 1990 Abs. 1 bezogenen § 1978 Abs. 2, wonach gewisse Ansprüche[5]) der Nachlaßgläubiger als zum Nachlaß gehörend gelten. Mit Boehmer[6]) muß man sagen, daß in solchen Fällen der Erbe als Träger des Nachlasses einen Anspruch gegen sich selbst als Träger seines Eigenvermögens hat[7]).

Die Sonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben tritt nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe aber immer nur dem Nachlaßgläubiger gegenüber ein, demgegenüber von dem Rechtsbehelf Gebrauch gemacht wurde. Im Verhältnis zu allen anderen Gläubigern, also auch den Eigengläubigern des Erben, besteht dagegen die Verschmelzung der Vermögensmassen fort[8]). Dies zeigt wiederum die schon erwähnte Vorschrift des § 1991 Abs. 2, wonach die Aufrechterhaltung rechtlicher Beziehungen zwischen dem Erblasser und dem Erben als Zeichen der Vermögenssonderung zwischen dem Nach-

---

[4]) Siehe Boehmer, Erbfolge, S. 33.
[5]) Näheres siehe unten S. 36, § 2 S. 50 ff.
[6]) Boehmer, Erbfolge, S. 154.
[7]) Daß es sich bei § 1978 Abs. 2 nicht nur um eine Frage der Geltendmachung durch den Konkursverwalter oder Nachlaßverwalter handelt, wie Binder (Rechtsstellung des Erben, S. 104) annimmt, ergibt sich schon daraus, daß diese Bestimmung ja auch bei der Vollstreckungspreisgabe Platz greift, wo es zu einer amtlichen Absonderung nicht kommt. (Vgl. auch Binder, Erbrecht, S. 70, 58; Riesenfeld, 2. Bd., S. 224 unten.)
[8]) Riesenfeld, 2. Bd., S. 221, 232.

laß und dem Eigenvermögen des Erben nur im Verhältnis zu „dem" Gläubiger (also nicht zu dritten Personen) angenommen wird. Mit dem Nichteintritt der Absonderung des Nachlasses im Verhältnis zu den Eigengläubigern des Erben nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe entfällt aber die nötige Voraussetzung für eine Haftungssonderung gegenüber diesen Gläubigern [9]) in dem Sinne, daß der Nachlaß ihrem Befriedigungszugriff entzogen ist. Sie können vielmehr neben den Nachlaßgläubigern auf den Nachlaß greifen, sowohl durch Vollstreckung wie durch Aufrechnung.

Mit der Haftungsbeschränkung als einer dem einzelnen Nachlaßgläubiger nachteiligen Folge der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe verknüpft sich somit nicht wie in den Fällen der amtlichen Nachlaßabsonderung (vgl. § 1984 Abs. 2 BGB, § 784 Abs. 2 ZPO, § 221 KO) als Ausgleich die dem Nachlaßgläubiger günstige Kehrwirkung einer dinglich gesicherten Haftungstrennung gegenüber den Erbengläubigern. Die Nachlaßgläubiger sind also m. a. W. hinsichtlich ihrer eigenen Befriedigung auf den Nachlaß angewiesen, müssen sich aber dennoch die Befriedigung anderer Gläubiger aus dieser Vermögensmasse gefallen lassen [10]). Hierfür spricht, von dem Mangel einer dem § 1984 BGB und § 221 KO entsprechenden Bestimmung ganz abgesehen, der Umstand, daß der Erbe anders als bei der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurs die Verfügungsbefugnis über den Nachlaß behält [11]); er kann jederzeit Nachlaßgegenstände an Eigengläubiger leisten und dadurch der Pfändung der Nachlaßgläubiger zuvorkommen [12]).

Die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe bewirkt somit allgemein eine starke Verschlechterung der Rechtslage des auf sie verwiesenen Nachlaßgläubigers. Dabei braucht der Erklärung nicht einmal stets die Bedeutung beizukommen, bisher vorhandene unbeschränkte Haftung des Erben, also Haftung auch mit dem Eigenvermögen zu beseitigen; vielmehr kann sie auf bereits bestehende beschränkte Haftung in der Richtung einer den Nachlaßgläubigern ungünstigen Qualifizierung derselben durch weitergehende Beschränkung einwirken. Das letztere wird dadurch erreicht, daß die zunächst nach den §§ 1975 ff., besonders 1978, also den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, bzw. den Auftrag sich richtende Haftung des Erben durch eine bloße Bereicherungs-

[9]) Den Ausdruck „Haftungssonderung" verwendet Boehmer, (Erbfolge) z. B. auf S. 33, 170.

[10]) Dies schließt eine obligatorische Sicherung der Nachlaßgläubiger durch eine Ersatzpflicht des Erben für das den Gläubigern entgangene Vermögen nicht aus; vgl. unten § 2 dieses Abschn. S. 50 ff.

[11]) Boehmer, Erbfolge, S. 170.

[12]) Im Schrifttum wird die Haftungssonderung im Verhältnis zu den Erbengläubigern nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe außer von Boehmer, Erbfolge, S. 47 f., 170, verneint von: Planck, § 1990 b; RGRK. § 1990, 5; Strohal, Erbrecht, S. 304, Anm. 13; Kipp, § 80 VII; bejaht von: Leonhard, § 1990 II C; Endemann, 2. Hälfte, S. 911; Kohler, Arch.Bürg.R., Bd. 22, S. 18,

haftung abgelöst wird [13]). Eine solche Haftungsablösung tritt besonders dort in Erscheinung, wo der Erbe einem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger schon vor dem Ausschlußurteil und bis zur Erklärung der Vollstreckungspreisgabe aus § 1973 beschränkt haftet. So ist es nämlich einmal, wenn das Aufgebotsverfahren während der Nachlaßverwaltung (§ 1975) durchgeführt wird und diese zur Zeit der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe noch besteht. Dieselbe Rechtslage kann ferner für einen Nachlaßgläubiger in dem allerdings seltenen Falle eintreten, in welchem der Erbe seine Haftung zunächst mit der Vollstreckungspreisgabe auf Grund von § 1990 beschränkt hat und der betreffende Gläubiger nunmehr nach durchgeführtem Aufgebotsverfahren ausgeschlossen wird [14]). Es steht nichts im Wege, den Erben hier erneut die Vollstreckungspreisgabe nach **§ 1973** erklären zu lassen, da sich an sie die besonderen nach Bereicherungsgrundsätzen sich richtenden Wirkungen knüpfen. Es muß gleich erscheinen, ob die schon vorhandene beschränkte Haftung wie im zuvor geschilderten Falle durch Nachlaßverwaltung oder durch die Vollstreckungspreisgabe nach § 1990 herbeigeführt wurde.

Nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe greifen in den einzelnen Fällen, wie schon die letzten Ausführungen zeigen, verschiedene Haftungsgrundsätze Platz. So gelten also nach § 1973 Abs. 2 Satz 1 den ausgeschlossenen Gläubigern sowie den ihnen nach § 1989 gleichzustellenden Gläubigern gegenüber die Bereicherungsvorschriften, andererseits finden bei Dürftigkeit des Nachlasses (§ 1990) und Ueberschuldung durch Vermächtnisse und Auflagen (§ 1992) gemäß § 1991 Abs. 1 in Verb. mit § 1978 für die Zeit bis zur Annahme der Erbschaft die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, für die Zeit danach die über den Auftrag Anwendung.

II. Der Umfang der haftenden Nachlaßmasse.

Bei Ermittlung des Umfanges der haftenden Nachlaßmasse ist auf den Zeitpunkt der Vollstreckung, also den der Ausübung der Vollstreckungspreisgabe abzustellen. Zwar tritt schon mit der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe die Haftungsbeschränkung und daher zumindest eine r e c h t l i c h e Trennung der beiden Vermögensmassen ein. Aber der Nachlaß als selbständige Vermögensmasse bleibt bis zur Vollstreckung weiter entwicklungsfähig [15]).

---

[13]) Näheres über die Unterschiede s. die folgenden Ausführungen S. 34ff.

[14]) Ein solcher Gläubiger ist zum Aufgebotsverfahren ebenso anmeldepflichtig wie ein mittels Nachlaßverwaltung auf beschränkte Haftung verwiesener Gläubiger. Daß die Kenntnis des Erben von der Forderung für die Anmeldepflicht keine Rolle spielt, ist bereits oben, 3. Kap., S. 21 dargelegt worden.

[15]) Ebenso mit anderer Begründung für § 1973 P l a n c k, § 1973, 3d; S t a u d i n g e r, § 1973 II 2c, Abs. 7; RGRK, § 1973, Erl. 5.

A. Die Aktiven.

1.) Den zunächst festzustellenden Aktivbestand des Nachlasses bilden einmal die noch vorhandenen ursprünglichen Nachlaßgegenstände [16]).

2.) Die Frage taucht auf, ob und in welchem Umfange das Prinzip der dinglichen Surrogation Platz greift. Hiermit ist der Rechtsgedanke gemeint, daß Neuerwerbungen, die in einem rechtlichen Zusammenhang mit bestimmten Vermögensgegenständen oder Vermögensmassen stehen, ohne weiteres an deren Stelle und in deren rechtliche Bestimmtheit eintreten oder deren bisherige rechtliche Lage gemeinsam mit ihnen einnehmen [17]). Dies bedeutet in Anwendung auf die Feststellung des Nachlaßbestandes bei Ausübung der Vollstreckungspreisgabe, ob Ersatz- oder Zusatzstücke zu einzelnen Nachlaßgegenständen selbst wiederum Nachlaß geworden sind [18]). Von solcher dinglichen Surrogation wäre eine Surrogation ohne dingliche Wirkung wohl zu scheiden. Diese hätte den Inhalt, daß Ersatz- oder Zusatzstücke zwar nicht wiederum Teile des Nachlasses, vielmehr des gesondert zu betrachtenden Eigenvermögens des Erben werden würden, aber auch als solche der Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu dienen hätten [19]). Der praktische Unterschied

---

[16]) Bei Miterben bilden vor der Teilung des Nachlasses die Nachlaßanteile nicht Bestandteile des Nachlasses und unterliegen daher nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe nicht der Haftung. Darin besteht ein wichtiger Unterschied von den Wirkungen der Einrede des ungeteilten Nachlasses nach § 2059 Abs. 1 Satz 1 (s. Boehmer, Erbfolge, S. 197, 44 45; Riesenfeld, 2. Bd., S. 202).

[17]) Siehe RG 105, 84 (87).

[18]) Von dinglicher Surrogation in diesem Sinne spricht auch z. B. Boehmer, Erbfolge, S. 151, 154; OLG 19, 231 (233). Man braucht m. E. die Anwendbarkeit des Begriffs „dingliche Surrogation" nicht auf die Fälle zu beschränken, wo ein anderer als der unmittelbar zwecks des Erwerbes tätig Werdende das Eigentum an dem Erworbenen erlangt, wie es beispielsweise nach herrschender Meinung beim Erbschaftsanspruch (s. § 2019) der Fall ist. Es muß für den Begriff der dinglichen Surrogation genügen, wenn ein neuerworbener Gegenstand völlig in die gleiche rechtliche Lage kommt wie ein anderer Gegenstand, der bisher in irgendeiner Beziehung eine rechtliche Sonderstellung in der Hand des Erwerbers einnahm; vgl. RG 105, 84 (87).

[19]) Man kann m. E. hier von Surrogation ohne dingliche Wirkung reden, da der neuerworbene Gegenstand ebenso wie der ursprüngliche Nachlaßgegenstand seiner Substanz nach zur Befriedigung des Gläubigers bestimmt ist. Im Gegensatz dazu würde überhaupt keine Surrogation in den Fällen vorliegen, bei denen eine Pflicht des Erben zur Herausgabe der erlangten Gegenstände völlig fehlt, sondern nur eine Wertersatzpflicht für den Neuerwerb oder den durch ihn verdrängten Nachlaßgegenstand gegeben ist (vgl. unten S. 35 und S. 52 ff.). Es sei in diesem Zusammenhang auf den Sprachgebrauch im Schrifttum bei Erörterung der fraglichen Erscheinung für den Erwerb des Erbschaftsbesitzers verwiesen. Als „Surrogation" bezeichnet man dort im Gegensatz zu „dinglicher Surrogation", wenn der Erwerb nicht Bestandteil der Erbschaft und damit eigenes Recht des Erben würde, sondern zunächst in das Eigenvermögen des Erbschaftsbesitzers fiele und von diesem erst im Sinne einer Rechtsübertragung bei Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs herausgegeben werden müßte (vgl. Planck, § 2019, 1; Kipp, § 68 II; vor allem Binder, Erb-

zwischen dinglicher und nicht dinglicher Surrogation in diesem Sinne würde sich darin zeigen, daß bei letzterer der Erbe den neuerworbenen Gegenstand nicht gemäß § 1990 Abs. 1 Satz 2 bzw. gemäß § 1973 Absatz 2 Satz 1 „zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben" hätte, da es sich ja nicht um Nachlaß handeln würde. Vielmehr läge ein technischer Herausgabeanspruch vor, der auch als solcher zu vollstrecken wäre.

Es ist nun allgemein anerkannt, daß dingliche Surrogation[20]) nur dann Platz greift, wenn ihre Geltung für den einzelnen Fall im Gesetz besonders bestimmt ist[21]). Eine solche besondere gesetzliche Bestimmung ist jedoch weder für §§ 1973, 1989 einerseits, noch für §§ 1990, 1992 andrerseits, vorhanden. Aus der für die erstgenannten Anwendungsfälle der Vollstreckungspreisgabe heranzuziehenden Bereicherungsvorschrift § 818 Abs. 1 ergibt sich nur, in welchem Maße Surrogation ohne dingliche Wirkung, also Ersetzung in das Eigenvermögen des Erben stattfindet, das in diesem Umfange, soweit Bereicherung vorhanden ist, dem Nachlaßgläubiger zur Befriedigung zu überlassen ist. Hätten Nutzungen jeder Art, sowie das auf Grund eines zum Nachlaß gehörenden Rechts[22]) oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des ursprünglich zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes Erlangte zum Nachlaß gehören sollen, dann hätte dies ähnlich wie im § 2111 besonders im Gesetz bestimmt sein müssen. — Entsprechendes gilt, wenn es zur Vollstreckungspreisgabe auf Grund von § 1990 oder § 1992 kommt. Die dann gemäß § 1978 anwendbare Bestimmung des § 667, wonach alles aus der Geschäftsführung Erlangte herauszugeben ist, betrifft ebenfalls nur den Umfang der nicht dinglichen Surrogation im dargelegten Sinne. Hier wird derjenige Erwerb als aus der Geschäftsführung erlangt anzusehen sein und daher dem Nachlaßgläubiger herausgegeben werden müssen, den der Erbe für den Nachlaß, also nicht für Eigenzwecke machen wollte[23]). Strohal[24]) und Planck[24]) wollen ohne die notwendige gesetzliche Stütze dingliche Surrogation dann annehmen, wenn der Neuerwerb vom Erben mit dessen Willen für den Nachlaß gemacht wurde, während im Kommentar der Reichsgerichtsräte[25]) sogar hinsichtlich jeden Neuerwerbs dingliche Surrogation in den Nachlaß für vorliegend erachtet wird.

---

recht, S. 95, der übrigens anders als die herrschende Meinung bei § 2019 nur Surrogation, nicht aber dingliche Surrogation eintreten läßt). Auch bei Erläuterung der Bereicherungsvorschriften, besonders des § 818, wird im Schrifttum von Surrogation im dargelegten Sinne gesprochen; s. z. B. Planck, § 818, 3a.

[20]) Nur sie und nicht die Surrogation ohne dingliche Wirkung ist nach den bisherigen Darlegungen für die Feststellung des Nachlaßbestandes von Bedeutung.

[21]) Vgl. RG 70, 233; RG in Gruch. 58, 212.

[22]) Z. B. was durch Einziehung einer zum Nachlaß gehörenden Forderung erlangt ist.

[23]) Siehe Kipp, § 80 II; Staudinger, § 1978, 2 (S. 226), §§ 1990/92 II B 3, RG in Gruch. 58, 212; OLG 19, 234.

[24]) Strohal, Erbrecht § 78, Anm. 2b, Planck, § 1978, 2b.

[25]) RGRK, § 1990, 4.

Es ergibt sich also für die Berechnung des Nachlasses nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe in allen Fällen, daß grundsätzlich dingliche Surrogation nicht stattfindet. Lediglich hinsichtlich derjenigen Gegenstände, die ohne Zutun des Erben aus dem Nachlaß heraus gewonnen werden[26], muß m. E. mit den Motiven (V, Seite 628) eine Ausnahme gemacht werden[27], da sich hier der Nachlaß ganz selbständig entwickelt. Diese Gegenstände kommen daher dem Nachlaß zugute.

3.) Dem Nachlaß hinzuzurechnen sind weiter nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe diejenigen Rechte des Erblassers gegen den Erben, die nach dem Erbfall infolge der zunächst eingetretenen Vermögensverschmelzung durch Rechtsvereinigung (confusio oder consolidatio) als erloschen zu behandeln waren. Es erscheint durchaus durch das Interesse der Nachlaßgläubiger gerechtfertigt, daß der Erbe dem Nachlaß nicht ursprüngliche Aktiven entziehen darf, während er die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten mit seinem Eigenvermögen ablehnt. Ausdrücklich ausgesprochen ist diese Wirkung der Vollstreckungspreisgabe für § 1990 und § 1992 in § 1991 Abs. 2. Dasselbe ergibt sich für § 1973 und § 1989 daraus, daß der Erbe mit der Bereicherung haftet. Wollte man dem Erben die Anrechnung seiner Verbindlichkeit erlassen, so würde er auf Kosten der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger bezw. der sogenannten Nachkonkursgläubiger bereichert sein[28]. Es ist hier auf einen Unterschied zwischen dem Aufleben der erloschenen Rechte bei den §§ 1973, 1989 einerseits, bei den §§ 1990, 1992 andererseits hinzuweisen. Dieser besteht darin, daß diese Rechte in den ersten Fällen mit dem Wert der jetzigen Bereicherung für den Erben, also mit dem Wert ex nunc, in den anderen Fällen dagegen mit dem Werte ex tunc[29] berücksichtigt werden.

4.) Dem Nachlaß sind gemäß § 1978 Abs. 2 in den Fällen der Vollstreckungspreisgabe nach den §§ 1990 und 1992 ferner Ersatzansprüche hinzuzurechnen, die gegen den Erben wegen seines Umgangs mit dem Nachlaß bestehen[30]; ebenso gehören auch zum Nachlaß Ansprüche auf Herausgabe von Surrogaten, die in das Eigenvermögen des Erben gefallen sind[31].

---

[26]) Dahin gehört z. B. der auf ein Los entfallende Gewinn.

[27]) Vgl. Planck, § 1978, 2b; Staudinger, § 1978, 2b.

[28]) Vgl. Planck, § 1973, 3a; Staudinger, § 1973 II 2b, letzter Abschn.; Strohal, Erbrecht, § 75 Anm 13, 14; vgl. auch Endemann, 2. Hälfte, S. 867, 870; ferner Riesenfeld, 2. Bd., S. 313, welche das Wiederaufleben der Rechte des Erblassers gegen den Erben aus dem allgemeinen Wesen jeder Haftungsbeschränkung erklären, das in einer scharfen Trennung der Vermögensmassen nach dem ursprünglichen Bestande bestehe.

[29]) Hierzu vgl. Engländer, S. 56.

[30]) Näheres über diese Ersatzansprüche s. unten § 2 dieses Abschnittes, S. 50 ff.

[31]) S. oben S. 34 f.

B. Die Abzüge.

Der in der beschriebenen Weise ermittelte Nachlaßbestand steht jedoch in vollem Umfange den mit Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf beschränkte Erbenhaftung verwiesenen Nachlaßgläubigern kaum jemals als Befriedigungsobjekt zur Verfügung. Vielmehr müssen sich meistens die betreffenden Gläubiger Abzüge verschiedenster Art vom Nachlaß gefallen lassen.

1.) So läßt sich einmal der Satz aufstellen, daß der vorhandene Nachlaß grundsätzlich nur noch insoweit haftet, als seine Mittel nicht durch Befriedigung von Gläubigern, welche der Vollstreckungspreisgabe auf Grund desselben Tatbestandes nicht ausgesetzt sind, erschöpft werden. Dieses Moment tritt bei allen Anwendungsfällen der Vollstreckungspreisgabe in Erscheinung.

a) So kann der Erbe einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger die Beträge, welche zur Erfüllung nicht ausgeschlossener und daher nicht mit der Vollstreckungspreisgabe auf beschränkte Haftung verweisbarer Forderungen noch erforderlich sind, vom Nachlaß in Abzug bringen[32]). Es heißt in Satz 1 des Abs. 1 von § 1973 „erschöpft wird"; damit soll ausgedrückt werden, daß der Nachlaß sich nicht nur um schon aus ihm bewirkte Leistungen an nicht ausgeschlossene Gläubiger, sondern auch um die Beträge derjenigen nicht ausgeschlossenen Forderungen vermindert, die der Erbe noch nicht erfüllt hat[33]). — Nur die Erfallgläubiger, also die Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer und zum Verlangen zur Erfüllung einer Auflage Berechtigten nehmen hier gemäß § 1973 Abs. 1 Satz 2 eine Ausnahmestellung ein. Obwohl ihnen die Vollstreckungspreisgabe nicht erklärt werden kann[34]), darf der Erbe zwecks ihrer Befriedigung den Nachlaß nicht zum Nachteil eines der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Gläubigers verwenden, sofern nicht etwa der letztere seine Forderung erst nach der Berichtigung der Erbfallverbindlichkeit geltend macht.

b) Im Falle des § 1989 sind, wie gezeigt wurde, der Vollstreckungspreisgabe nicht ausgesetzt

α) nach Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse die bei einer Nachtragsverteilung zu berücksichtigenden Forderungen,

β) nach Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich die dem Vergleich unterliegenden Forderungen.

Die entsprechende Anwendung des § 1973 ergibt, daß der Erbe zwecks Erfüllung der genannten Forderungen den Nachlaß und die hierzu erforderlichen Beträge gegenüber den übrigen im Sinne des § 1989 als ausgeschlossen zu behandelnden und daher der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Gläubiger kürzen kann[35]).

---

[32]) Vgl. Planck, § 1973, 3 b β.

[33]) Staudinger, § 1973, I 1 d; Strohal, Erbrecht, § 75, N. II, 4 c.

[34]) Vgl. oben, 3. Kap., 2. Abschn., S. 22.

[35]) Vgl. über die entsprechende Anwendung des § 1973 bei § 1989: Planck, § 1989, 4; Strohal, Erbrecht, § 80, VI 2; Boehmer, Erbfolge, S. 163.

c.) Bei § 1992 kann der Erbe den hiernach allein der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Vermächtnisnehmern und Auflageempfängern die zur Befriedigung anderer Nachlaßgläubiger erforderlichen Mittel vom Nachlaß abziehen. Dies ergibt sich aus dem zur Anwendung kommenden § 1991 Abs. 4, wonach die genannten Erbfallgläubiger so zu befriedigen sind, wie es im Konkurse geschehen würde. Gemäß § 226 Abs. 2 Ziff. 5 KO sind die Verbindlichkeiten aus den vom Erblasser angeordneten Vermächtnissen und Auflagen erst nach allen anderen Verbindlichkeiten zu berücksichtigen.

d.) Im Falle der Dürftigkeit des Nachlasses müssen sich regelmäßig nach § 1990 alle Nachlaßgläubiger die Vollstreckungspreisgabe erklären lassen. Daher kommt hier ein Abzug des zur Berichtigung anderer Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Betrages nicht in Betracht.

Von der Sonderbehandlung der Erbfallgläubiger bei § 1973 abgesehen, hat also die Vollstreckungspreisgabe die Wirkung, einen Vorrang der ihr nicht ausgesetzten Forderungen bei der Befriedigung aus dem Nachlaß zu schaffen, und damit eine weitere Schlechterstellung der durch die Vollstreckungspreisgabe bereits in ihrem Zugriffsrecht beschränkten Gläubiger zur Folge.

2.) Forderungen, bei denen ebenso wie bei der jetzt zu berichtigenden die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe möglich ist, sind anders als die unter 1.) bezeichneten grundsätzlich n i c h t vom Nachlaß in Abzug zu bringen, da hier das Präventionsprinzip vorherrscht: Wer zuerst von den der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Gläubigern gegen den Erben mit Zwangsvollstreckung vorgeht, hat den Vorrang vor den übrigen. Dies wird allgemein im Schrifttum bei Besprechung der §§ 1973, 1990, 1992 für diese Vorschriften angenommen[36]), muß aber ebenso auch für § 1989 gelten.

Von dem Praeventionsprinzip bestehen wichtige Ausnahmen: diesen entsprechend ergibt sich die Möglichkeit, den Nachlaß um bestimmte der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzte Forderungen zu kürzen.

a.) Wenn der Erbe einem E r b f a l l g l ä u b i g e r die Vollstreckungspreisgabe aus § 1989 oder aus § 1990 erklärt hat, kann er die zur Befriedigung g e w ö h n l i c h e r mit der Vollstreckungspreisgabe auf beschränkte Haftung verweisbarer G l ä u b i g e r erforderlichen Werte vom Nachlaß abziehen. Dies ergibt sich für § 1989 aus § 1973 Abs. 1 S. 2, wonach die Erbfallgläubiger an letzter Stelle zu befriedigen sind[37]). Für § 1990 folgt es aus dem schon

[36]) Vgl. z. B. P l a n c k, § 1973, 5 c; § 1991, 1 d (S. 209 f.); S t a u d i n g e r § 1973 II 2 e; §§ 1990-92 II B 1; R i e s e n f e l d, 2. Bd., S. 238 f., 310 f.; B e u t l e r, S. 35 f. — Die Regel ergibt sich aus dem Fehlen einer anders bestimmenden Vorschrift sowie argumento e contrario aus den oben im Text weiter erwähnten Ausnahmebestimmungen. Vgl. auch den Satz 3 des § 2118 des 1. Entwurfs: „Die Gläubiger können nicht verlangen, daß der Erbe ihre Befriedigung nach einer gewissen Rangordnung oder Reihenfolge bewirkt", der als selbstverständlich gestrichen wurde (Motive, S. 640, 649 f.; Protokolle, S. 771).

[37]) Bei § 1973 selbst sind allerdings die Erbfallgläubiger nicht der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzt.

erwähnten § 1991 Abs. 4, der die konkursmäßige Berichtigung der Erbfallforderungen vorschreibt: Gemäß § 226 Abs. 2 KO sind sie erst nach allen übrigen Gläubigern zu berichtigen. — § 226 Abs. 2 Ziff. 4, 5 KO bestimmt für die Stellung der Erbfallgläubiger zueinander, daß die Verbindlichkeiten gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten den anderen Erbfallverbindlichkeiten vorgehen, im übrigen eine verhältnismäßige Berichtigung zu erfolgen hat. Demgemäß kann also bei § 1990 auch die Forderung eines der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Pflichtteilsberechtigten bei der Befriedigung eines andern mit der Vollstreckungspreisgabe auf beschränkte Haftung verwiesenen Erbfallgläubigers vom Nachlaß ganz in Abzug gebracht werden[38]). Weiter können bei § 1990 und § 1992 die Forderungen aus Vermächtnissen und Auflagen der konkursmäßigen Befriedigung entsprechend gegenseitig vom Nachlaß teilweise abgezogen werden[39]). Verlangt beispielsweise ein Vermächtnisnehmer das ganze Vermächtnis in Höhe von 1000 RM, dann kann der Erbe zur Befriedigung eines anderen noch vorhandenen Vermächtnisgläubigers mit einer Forderung von ebenfalls 1000 RM den noch 1000 RM werten Nachlaß um 500 RM kürzen.

b.) Nach § 1973 Abs. 2 Satz 3, § 1991 Abs. 3 wirkt die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines Gläubigers den anderen Gläubigern gegenüber wie die Befriedigung. Daraus folgt, daß der Erbe das zur Berichtigung einer rechtskräftig festgestellten Forderung Erforderliche vom Nachlaß abziehen kann, wenn er hinsichtlich einer anderen Forderung die Vollstreckungspreisgabe erklärt hat[40]). Dies hat jedoch nur für solche rechtskräftig festgestellten Verbindlichkeiten besondere Bedeutung, denen gegenüber selbst die Vollstreckungspreisgabe möglich ist. So spricht auch § 1973 Abs. 2 Satz 3 lediglich von der rechtskräftigen Verurteilung eines ausgeschlossenen Gläubigers. Der Vollstreckungspreisgabe nicht ausgesetzte Forderungen sind ja grundsätzlich ohnehin vom Nachlaß abzuziehen[41]), ganz gleich, ob ein rechtskräftiges Urteil vorliegt oder nicht. Hat aber ein Erbfallgläubiger ein rechtskräftiges Urteil erstritten, so kann das zu seiner Befriedigung Notwendige im Falle des § 1990 oder § 1992 dennoch nicht vom Nachlaß abgezogen werden, da er gemäß § 1991 Abs. 4 zu befriedigen ist: Diese Bestimmung stellt eine Ausnahme von der Ausnahmebestimmung des § 1991 Abs. 3 dar[42]). Daraus folgt, daß § 1991 Abs. 3 für § 1992 überhaupt keine besondere

---

[38]) Ebenso können bei § 1992, wie gezeigt wurde, die Forderungen der Pflichtteilsberechtigten abgezogen werden. Dies ergab sich aber dort schon aus dem Grundsatz, daß der Vollstreckungspreisgabe nicht ausgesetzte Forderungen den übrigen vorgehen, vgl. oben S. 37, 38.

[39]) Vgl. Planck, § 1991, 1 d β, S. 209.

[40]) Der Grund für die Sonderbehandlung der rechtskräftig festgestellten Forderungen dürfte darin zu finden sein, daß dem klagenden Gläubiger der Erfolg seiner Prozeßführung gesichert werden soll. Man schützt ihn dadurch, daß für ihn das Praeventionsmoment aus der Zwangsvollstreckung auf die Rechtskraft des Urteils vorverlegt wird; so auch: de Boor, S. 63; anders Kipp, S. 256.

[41]) Vgl. oben S. 37 f.

[42]) Vgl. Planck, § 1991, 1 d b, S. 209; Beutler, S. 37.

Bedeutung zukommt, weil hier die Vollstreckungspreisgabe nur Erbfallgläubigern erklärt werden kann.

3.) Eine wichtige Bedeutung bei der Berechnung der haftenden Nachlaßmasse kommt schließlich den Rechten zu, die dem Erben als Träger seines Eigenvermögens gegen sich selbst als Träger des Nachlasses zustehen[43]). Sie sind grundsätzlich vom Nachlaß in Abzug zu bringen. — Hierbei kommen einmal Rechte in Betracht, welche der Erbe bereits gegen den Erblasser erworben hatte, die aber zunächst mit dem Erbfall durch Konfusion oder Konsolidation erloschen waren, und ferner solche Rechte, die er erst nach dem Erbfall gegenüber dem Nachlaß erwarb.

a.) Hinsichtlich der erstgenannten Rechte ergibt sich für § 1973 und § 1989 die bevorzugte Stellung des Erben daraus, daß er nur mit der Bereicherung haftet[44]). Für § 1990 und § 1992 stellt das Gesetz in § 1991 Abs. 2 ausdrücklich die durch den Erbfall erloschenen Rechte des Erben im Verhältnis zu einem mit der Vollstreckungspreisgabe auf beschränkte Haftung verwiesenen Nachlaßgläubiger wieder her. Daß der Erbe seine Rechte vom Nachlaß in Abzug bringen kann, also eine Vorrangstellung vor den im Zugriffsrecht auf den Nachlaß beschränkten Gläubigern einnimmt, folgt hier daraus, daß er sich selbst jederzeit aus dem in seinen Händen befindlichen Nachlaß zu befriedigen ebenso die Möglichkeit haben muß, wie er Forderungen dritter Gläubiger außerhalb der Zwangsvollstreckung berichtigen kann[45]). Der Erbe kann auch nicht wie andere Nachlaßgläubiger eiligst gegen sich selbst ein rechtskräftiges Urteil erzielen, um dieses dann gemäß § 1991 Abs. 3 wie die Befriedigung wirken zu lassen[46]).

b.) Den erst nach dem Erbfall erworbenen Rechten des Erben liegen regelmäßig Aufwendungen zugrunde, die er auf den Nachlaß gemacht hat. Daß ihretwegen der Erbe überhaupt Rechte gegenüber dem Nachlaß hat, folgt für § 1973 und § 1989 wiederum aus dem Grundsatz der Bereicherungshaftung, für § 1990 und § 1992 aus § 1978 Abs. 3, wo ausdrücklich bestimmt ist, daß Aufwendungen dem Erben aus dem Nachlaß zu ersetzen sind. Das Vorzugsrecht des Erben zur Befriedigung solcher Ersatzansprüche aus dem Nachlaß vor einem

---

[43]) Siehe oben S. 31.

[44]) So auch die durchaus herrschende Meinung, z. B. Planck, § 1973, 3 b α; RGRK, § 1973, 5; Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 116; Dernburg, § 166 VIII; Leonhard, § 1973 III B 5. — Riesenfeld, 2. Bd., S. 313 begründet das Vorzugsrecht des Erben für § 1973 damit, daß dieser mit seiner Forderung stets einem nicht ausgeschlossenen Gläubiger entspreche, zumal er sich nicht zu melden brauche; zu letzterem siehe Planck, § 1971 72, 3 a; Strohal, Erbrecht, S. 236, Anm. 10; andererseits Kipp, § 76, II 5, der eine unterschiedliche Behandlung der Forderungen des Erben danach vornehmen will, ob sie im Aufgebot angemeldet wurden oder nicht.

[45]) Eine Zwangsvollstreckung gegen sich selbst kann der Erbe ja gar nicht betreiben. Vgl. auch oben 2. Kap., S. 16, 17; RG in DJZ 1914, Sp. 378, 379.

[46]) Nur dieser Grund wird im allgemeinen angeführt, s. RGRK, § 1991, 2; Planck, § 1991, 1 d, Abs. 3; RG in Warn. 1914, Nr. 213.

Gläubiger, dem die Vollstreckungspreisgabe erklärt wurde, hat dieselben Gründe wie bei den bereits gegenüber dem Erblasser bestandenen Rechten [47]).

Es ist näher auf den Umfang der auf die Nachlaßmasse anrechnungsfähigen Verwendungen des Erben einzugehen. Dieser ist wegen der verschiedenen Haftungsmaßstäbe bei den §§ 1973, 1989 ein anderer als bei den §§ 1990, 1992.

Einem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger oder diesem entsprechenden Nachkonkursgläubiger kann der Erbe die bis zur Rechtshängigkeit bzw. bis zur Kenntnis des Anspruchs gemachten Aufwendungen in voller Höhe auf den Nachlaß in Anrechnung bringen, auch wenn sie gänzlich überflüssig waren. Dies folgt aus dem entsprechend anzuwendenden § 818 Abs. 3 [48]). In Höhe der vom Erben aus seinem Eigenvermögen verwandten Beträge mindert sich die auf dem Nachlaßerwerb beruhende Bereicherung. Besondere Erwähnung verdient hier der von Planck [49]) angeführte Fall, daß der Erbe eine irrtümlich angenommene Nachlaßverbindlichkeit berichtigt. Auch wegen dieser Verwendung aus eigenem Vermögen hat der Erbe ein Abzugsrecht vom Nachlaß [50]). Für die Zeit nach Kenntnis oder Rechtshängigkeit des Anspruchs dagegen kann der Erbe lediglich Ersatz für solche notwendigen Aufwendungen als Abzugsposten in Rechnung stellen, die dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Gläubigers entsprochen haben. Dies folgt aus der gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 in Verb. mit §§ 292, 994 zur Anwendung kommenden Vorschrift des § 683 über die Geschäftsführung ohne Auftrag [51]).

Ganz anders ist die Frage des Umfangs der Aufwendungsersatzansprüche nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe im Falle der Dürftigkeit des Nachlasses (§ 1990) oder der Ueberschuldung durch Vermächtnisse und Auflagen (§ 1992) geregelt. Der Zeitpunkt der Kenntnis oder der Rechtshängigkeit des Anspruchs spielt hier keine Rolle. Es kann der Erbe für die seit Annahme der Erbschaft gemachten Aufwendungen wie ein Beauftragter nach § 670 Ersatz verlangen [52]), wie sich aus § 1991 Abs. 1 in Verb. mit § 1978 Abs. 3 ergibt. Demnach kommt es nur darauf an, ob der Erbe die gemachte Aufwendung den Umständen nach für erforderlich halten durfte, wobei diese nicht einmal objektiv nötig gewesen zu sein braucht [53]). Nur die vor Annahme der Erbschaft gemachte Aufwendung muß dem Interesse (und dem wirklichen oder

---

[47]) Siehe oben S. 40; vgl. Riesenfeld, 2. Bd., S. 314, 241; Planck, § 1973, 2b, S. 152; Staudinger, § 1973 II 2c, S. 197; §§ 1990/92 II B 3b, S. 269.

[48]) Planck, § 1973, 3c; Staudinger, § 1973 II 2c, S. 197.

[49]) Planck, § 1973, 3c, S. 152.

[50]) Da er andererseits um die condictio indebiti bereichert ist, muß er sie dem ausgeschlossenen Gläubiger abtreten oder in ihrer Höhe Ersatz leisten.

[51]) Vgl. Beutler, S. 24.

[52]) Vgl. Anm. 51.

[53]) Planck, § 670, 3c.

mutmaßlichen Willen) des Gläubigers entsprochen haben (§ 1991 Abs. 1 in Verb. mit §§ 1978 Abs. 3, 683). Lediglich für diesen kurzen Zeitraum bemessen sich demnach die Ersatzansprüche des Erben ebenso wie bei § 1973 oder § 1989 seit Kenntnis oder Rechtshängigkeit des der Vollstreckungspreisgabe unterliegenden Anspruchs.

Im ganzen gesehen kann der Erbe bei den §§ 1973, 1989 mehr Aufwendungen in Rechnung stellen, als bei den §§ 1990, 1992. Dies geht besonders daraus hervor, daß in den letztgenannten Fällen ein so uneingeschränktes Ersatzrecht überhaupt nicht besteht, wie es gegenüber ausgeschlossenen bzw. als solche nach § 1989 zu behandelnden Forderungen für die Zeit bis zur Kenntnis oder Rechtshängigkeit eines dieser Ansprüche vorhanden ist. Hat beispielsweise der Erbe ein zum Nachlaß gehörendes völlig wertloses Buch mit einem kostbaren Einband versehen lassen, so kann er die dafür gemachte Aufwendung niemals vom Nachlaß in Abzug bringen, wenn es zur Vollstreckungspreisgabe wegen Dürftigkeit des Nachlasses nach § 1990 kommt. Wohl aber wäre ein solcher Abzug gegenüber einem Nachlaßgläubiger möglich, der mit seiner Forderung im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen wurde und dem nun die Vollstreckungspreisgabe aus § 1973 erklärt wird. Vorausgesetzt ist dabei nur, daß der Erbe das Buch hat einbinden lassen, ehe er von der nunmehr ausgeschlossenen Forderung Kenntnis hatte, bzw. bevor die Forderung rechtshängig war.

Ob eine Aufwendung im einzelnen den gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernissen entspricht, um anrechnungsfähig zu sein, wird je nach der besonderen Sachlage für jeden Fall verschieden zu entscheiden sein. Doch ist Grundsätzliches und Gemeinsames zu der praktisch wichtigsten Art von Aufwendungen, nämlich der Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Eigenvermögen des Erben festzustellen.

Klar und einfach ist die Rechtslage auch hier bei § 1973 und § 1989 bis zur Kenntnis oder Rechtshängigkeit einer ausgeschlossenen bzw. als solche zu behandelnden Nachlaßverbindlichkeit. Es gilt die allgemeine Regel. Da der Erbe die bis zu diesem Zeitpunkt gemachten Aufwendungen ohne Unterschied vom Nachlaß in Abzug bringen kann, ist er demgemäß auch befugt, an eigenem Vermögen durch Berichtigung irgendeiner Nachlaßverbindlichkeit erlittene Verluste auf den Nachlaß in Anrechnung zu bringen.

Schwierigkeiten macht dagegen die Beurteilung der Rechtslage in den soeben angeführten Fällen der Vollstreckungspreisgabe vom Zeitpunkt der Kenntnis oder der Rechtshängigkeit einer für die Vollstreckungspreisgabe in Betracht kommenden Nachlaßverbindlichkeit an, sowie allgemein bei den §§ 1990 und 1992. Nach den oben dargelegten allgemeinen Grundsätzen ist hier eine Aufwendung nur dann zu ersetzen, wenn sie objektiv notwendig war (§§ 818 Abs. 4 in Verb. mit §§ 292, 994, 683; § 1991 Abs. 1 in Verb. mit §§ 1978 Abs. 3, 683), bzw. wenn sie trotz des Mangels objektiver Notwendigkeit vom Erben für erforderlich gehalten werden durfte (§ 1991 Abs. 1 in Verb. mit § 1978 Abs. 3, 670). Dabei ist in entsprechender Anwendung

der genannten Vorschriften § 683 und § 670 stets auf das Interesse bzw. das mutmaßliche Interesse des mit der Vollstreckungspreisgabe auf beschränkte Haftung verwiesenen Gläubigers abzustellen. Da ein Interesse eines Nachlaßgläubigers an einer Maßnahme des Erben, die zu einer Verringerung des Nachlaßbestandes führt, in der Regel zu verneinen sein wird[54]), könnte hiernach der Erbe wegen der aus seinem Eigenvermögen bewirkten Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten nur selten Ersatz aus dem Nachlaß verlangen. Dies rechtfertigt die besondere, in den §§ 1973, 1989, 1990, 1992 mittelbar oder unmittelbar ausgesprochene Regelung der hier in Frage stehenden Art von Aufwendungen.

α) Ebenso wie der Erbe vom Nachlaß die zur Erfüllung bestimmter noch nicht berichtigter Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Werte in Abzug bringen kann, muß er dieses Abzugsrecht in gleicher Höhe auch haben, falls er solche Nachlaßverbindlichkeiten bereits mit Mitteln seines Eigenvermögens berichtigt hat. Dabei ist gleich, ob die Berichtigung vor oder nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe erfolgte[55]). Es ist kein Grund vorhanden, dem sonst in seinem Zugriff auf einen Nachlaßrest beschränkten Gläubiger Vorteile daraus erwachsen zu lassen, daß auf den Nachlaß in Anrechnung zu bringende Verbindlichkeiten schon in der angegebenen Weise vom Erben erfüllt wurden[56]).

αα) Es kommen demnach einmal grundsätzlich Verbindlichkeiten in Betracht, für welche die Haftungsbeschränkung mit der Vollstreckungspreisgabe nicht möglich ist[57]). So kann z. B. der Erbe vom Nachlaß abziehen, was er zur Berichtigung von nicht ausgeschlossenen Gläubigern bzw. diesen bei § 1989 entsprechenden Nachkonkursgläubigern verwandt hat. Ebenso wie er jedoch eine der Vollstreckungspreisgabe nicht ausgesetzte Erbfallverbindlichkeit bei § 1973 nicht vom Nachlaß abzuziehen vermag, kann er auch das zur Berichtigung einer solchen Verbindlichkeit schon Aufgewendete nicht vorweg ersetzt verlangen. Nur wenn die Berichtigung vor Geltendmachung des jetzt mit der Vollstreckungspreisgabe auf beschränkte Haftung verwiesenen Gläubigers erfolgt ist, kann in Höhe des aufgewendeten Betrages der Nachlaß gekürzt werden. Bei der auf § 1992 gestützten Vollstreckungspreisgabe vermag der Erbe die Beträge vom Nachlaß

---

[54]) Anders wird zu entscheiden sein, wenn mit Nichtzahlung der betreffenden Verbindlichkeit größere Nachteile für den Nachlaß verbunden sind (z. B. Verfall höherer Zinsen). — Vgl. Staudinger, § 1978, 2 (S. 227); Planck, § 1979, 2; Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 136.

[55]) Vgl. Staudinger, § 1978, 3, 8. Abschn.

[56]) Dieser Gesichtspunkt vermag jedoch nur durchzugreifen, wenn die Berichtigung der betreffenden Verbindlichkeiten nach Eintritt des Tatbestandes erfolgt ist, auf den sich das Recht zur Vollstreckungspreisgabe stützt. Der Grund ist der, daß vor Eintritt dieser Tatbestände dem Erben mangels des Rechts zur Vollstreckungspreisgabe auch kein Abzugsrecht zustand.

[57]) Siehe oben S. 37 f.

abzuziehen, die er zur Berichtigung anderer Verbindlichkeiten als denen aus Vermächtnissen und Auflagen aufgewandt hat[58]).

ββ) Soweit ferner der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzte Forderungen abgezogen werden können[59]), gilt das Gleiche bei schon stattgefundener Berichtigung derselben für Ersatzansprüche des Erben. Dies betrifft also einmal bei den Anwendungsfällen der Vollstreckungspreisgabe nach den §§ 1973, 1989, 1990 die rechtskräftig festgestellten Nachlaßverbindlichkeiten[60]), sowie bei § 1989 und § 1990. die den Erbfallgläubigern gemäß § 1973 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 1991 Abs. 4 vorgehenden sonstigen Verbindlichkeiten. Verlangt beispielsweise ein Vermächtnisnehmer Befriedigung in Höhe von 100 RM, sind aber im Nachlaß nur noch 200 RM, dann kann der Erbe die zur Berichtigung anderer gewöhnlicher Nachlaßverbindlichkeiten gemachten Aufwendungen in Höhe von 150 RM abziehen, so daß für den Vermächtnisnehmer nur noch 50 RM verbleiben. — Endlich können bei Geltendmachung der Vollstreckungspreisgabe nach § 1990 und § 1992 gegenüber einem Erbfallgläubiger auch die zur Berichtigung der Forderungen anderer Erbfallgläubiger schon aufgewandten Beträge in konkursmäßiger Höhe vom Nachlaß abgezogen werden.

β) Soweit im übrigen für alle der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Gläubiger bei ihrer Befriedigung aus dem Nachlaß das Präventionsprinzip herrscht, muß der Erbe auch berechtigt sein, sie aus seinem Eigenvermögen in beliebiger Reihenfolge zu befriedigen und dann den aufgewandten Betrag gegenüber dem jetzt auf beschränkte Haftung verwiesenen Gläubiger auf den Nachlaß in Rechnung zu stellen. Der später Befriedigung verlangende Gläubiger kann auch hier grundsätzlich keine Vorteile davon haben, daß ein Gläubiger früher nicht aus dem Nachlaß, sondern dem übrigen Vermögen des Erben befriedigt wurde[61]). — So kann der Erbe einem ausgeschlossenen Gläubiger bzw. ihm entsprechenden Nachkonkursgläubiger, dem er die Vollstreckungspreisgabe erklärt hat, alles früher zur Befriedigung anderer ausgeschlossener Gläubiger oder Nachkonkursgläubiger Aufgewandte vom Nachlaß abziehen. Dies gilt auch dann, wenn die Befriedigung nach Kenntnis bzw. Rechtshängigkeit der jetzt zu erfüllenden Forderung erfolgt ist[62]). Nur wenn letztere damals schon rechtskräftig festgestellt war, kann zu ihrem Schaden ein Abzug vom Nachlaß wegen der gemachten Aufwendungen nicht vorgenommen werden; dies entspricht der durch § 1973 Abs. 2 Satz 3 geschaffenen Durchbrechung des Präventionsprinzips. Hat der Erbe nach der Dürftigkeit des Nachlasses der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzte Verbindlichkeiten aus seinem eigenen Vermögen berichtigt, dann kann

---

[58]) Riesenfeld, 2. Bd., S. 250.

[59]) Siehe oben S. 38 f.

[60]) Für § 1992 kommt die Bestimmung des § 1991 Abs. 3, wie oben S. 39 f. gezeigt ist, praktisch nicht in Frage.

[61]) Wie unter α) vermag aber auch hier diese Erwägung nur Platz zu greifen für Befriedigungen, die nach Eintritt der die Vollstreckungspreisgabe begründenden Tatbestände erfolgt sind; s. S. 43, Anm. 56.

[62]) Planck, § 1973, 3c, S. 152; Engländer, S. 51/52.

er grundsätzlich in Höhe der aufgewendeten Beträge ebenfalls den Nachlaß kürzen. Dem steht auch die nach § 1991 Abs. 1 an sich anwendbare Vorschrift des § 1979 nach herrschender Meinung nicht entgegen, wenn Ueberschuldung des Nachlasses schon zur Zeit der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeit vorlag [63]) und diese dem Erben bekannt war [64]). Zwar bestimmt § 1979, daß die Nachlaßgläubiger die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit nur dann für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten zu lassen brauchen, wenn der Erbe die Nichtüberschuldung des Nachlasses den Umständen nach annehmen durfte. Damit ist gesagt, daß dem Erben ein Ersatzanspruch nicht zusteht, falls er eine Nachlaßverbindlichkeit zu einer Zeit berichtigt hat, wo er den Nachlaß nicht für ausreichend erachten durfte. Die Bestimmung des § 1979 ist jedoch hauptsächlich auf den Fall zugeschnitten, daß es später zum Nachlaßkonkurs kommt; die konkursmäßige Verteilung des Nachlasses soll schon vorbeugend sichergestellt sein: daher tritt der Erbe im Konkurse gemäß § 225 Abs. 2 KO auch nur an die Stelle des aus Erbenvermögen befriedigten Nachgläubigers, hat aber keinen vollen Ersatzanspruch. Bei Dürftigkeit des Nachlasses hat das Gesetz nur bzgl. der Erbfallgläubiger in § 1991 Abs. 4 ausdrücklich eine konkursmäßige Aufteilung des Nachlasses vorgesehen und außerdem, besonders in § 1991 Abs. 3, gewöhnliche, nichtrechtskräftig festgestellte Forderungen den rechtskräftig festgestellten nachgestellt. Daraus folgt, daß der Erbe für eine bei Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis der Ueberschuldung des Nachlasses vorgenommene Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit nur dann vollen Ersatz aus dem Nachlaß n i c h t verlangen kann, wenn es sich dabei

1. um eine Erbfallforderung gehandelt hat, und der Nachlaß durch Abzug der genannten Aufwendung zu Ungunsten der übrigen Gläubiger mehr geschmälert wird, als es bei konkursmäßiger Befriedigung der betreffenden Erbfallforderung der Fall gewesen wäre;

2. um eine nicht rechtskräftig festgestellte Verbindlichkeit gehandelt hat und der Nachlaß bei Abzug der gemachten Aufwendung nicht mehr zur Berichtigung der jetzt auf die Vollstreckungspreisgabe verwiesenen, damals schon rechtskräftig festgestellten Verbindlichkeit ausreichen würde.

Nur soweit also das Präventionsprinzip von Ausnahmen durchbrochen wird, kann das zur Berichtigung einer nachstehenden Verbindlichkeit Aufgewendete grundsätzlich nicht abgezogen werden [65]). Auf der anderen Seite hat § 1979 für § 1990 die selbständige Bedeutung, festzustellen, daß dem Erben die nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Ueberschuldung des Nachlasses insofern nutzt, als ihm auch Ersatzansprüche für Befriedigungen zustehen, welche an sich den Bestimmungen des § 1991 Abs. 3 und Abs. 4 widersprechen.

[63]) Es braucht bekanntlich mit der Dürftigkeit des Nachlasses nicht auch Ueberschuldung desselben verbunden zu sein (vgl. oben, 3. Kap., S. 26).

[64]) Zum folgenden s. P l a n c k, § 1991, 1d, a. E.; S t r o h a l, Erbrecht, § 81, Anm. 14; R i e s e n f e l d, 2. Bd., S. 227 f.

[65]) Vgl. oben S. 38 f.

γ) Bezüglich der Ersatzansprüche für Befriedigungen, die vor Eintritt der das Recht zur Vollstreckungspreisgabe begründenden Tatbestände erfolgt sind[66]), gilt besonderes nur in den Fällen der §§ 1990 und 1992. Hat der Erbe vor der Ueberschuldung des Nachlasses durch Vermächtnisse und Auflagen[67]) z. B. ein Vermächtnis voll berichtigt, so kann er das Aufgewendete gegenüber einem anderen Vermächtnisnehmer später vom Nachlaß in Abzug bringen. Dies ergibt sich m. E. aus § 1979: Wenn schon die Unkenntnis von der Ueberschuldung einen Ersatzanspruch zuläßt, muß dasselbe erst recht bei gar nicht vorhanden gewesener Ueberschuldung gelten.

Nicht anders ist die Sachlage, wenn zur Zeit der stattgefundenen Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit vor Dürftigkeit keine Ueberschuldung vorhanden war: auch hier hat der Erbe nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe stets einen vollen Aufwendungsersatzanspruch. — Lag damals schon Ueberschuldung vor, so kommt es wie nach der Dürftigkeit[68]) darauf an, ob der Erbe ohne Fahrlässigkeit annehmen konnte, daß der Nachlaß zur Deckung der Schulden ausreicht, oder ob ihm die Ueberschuldung bekannt war bzw. bekannt sein mußte[69]). Im ersteren Falle kann der Erbe auch hier, wie § 1979 ergibt, das zur Berichtigung jeder Nachlaßverbindlichkeit Aufgewendete in vollem Umfange vom Nachlaß in Abzug bringen. Im zweiten Falle dagegen vermag der Erbe hier anders als bei nach Dürftigkeit erfolgter Berichtigung niemals einen Abzug in irgendwelcher Höhe vom Nachlaß zu machen[70]). Es folgt dies ebenfalls aus § 1979 sowie dem Fehlen einer dem § 225 Abs. 2 KO gleichlautenden Vorschrift. Auch für eine entsprechende Anwendung der letztgenannten Bestimmung gibt das Gesetz keinen Anhalt[71]).

C. Die Art der Durchführung der Abzüge.

Die Ausführungen unter B. haben gezeigt, welche Abzüge vom Nachlaß sich ein Nachlaßgläubiger gefallen lassen muß, dem der Erbe die Vollstreckungspreisgabe erklärt hat. Es kamen demnach einmal Abzüge zwecks Befriedigung dritter Nachlaßgläubiger[72]) sowie Abzüge zwecks Befriedigung des Erben selbst[73]) in Betracht.

---

[66]) Die Ausführungen unter α und β bezogen sich nur auf nach dem Eintritt der Tatbestände erfolgte Befriedigungen, s. oben S. 43, Anm. 56; S. 44, Anm. 61.

[67]) Eine erst nachträgliche Ueberschuldung des Nachlasses kann dadurch eintreten, daß der Wert der Nachlaßgegenstände nach dem Erbfall sinkt.

[68]) Vgl. oben S. 45.

[69]) Planck, § 1991, 1 d.

[70]) Ein Abzug ist auch nicht möglich bei früherer Berichtigung einer rechtskräftig festgestellten Forderung, da immer der Tatbestand des § 1990 (Dürftigkeit) vorliegen muß, damit sich daran Rechtswirkungen, wie sie in § 1991 festgelegt sind, knüpfen können.

[71]) Siehe Riesenfeld, 2. Bd., S. 227, b a. E.; Planck, DJZ 1899, S. 367; Staudinger, §§ 1990/92, II B 3 b.

[72]) Siehe oben S. 37 ff.

[73]) Siehe oben S. 40 ff.

Die Frage taucht auf, wie das Abzugsrecht vom Erben praktisch ausgeübt wird. Die Art und Weise ist teils gleich, teils verschieden bei den Abzügen zugunsten des Erben und zugunsten dritter vorgehender Nachlaßgläubiger.

1.) So vermag der Erbe stets zu verlangen, daß bei der Zwangsvollstreckung in Gegenstände von dem erzielten Erlös die zur Berichtigung vorgehender Ansprüche erforderliche Summe vorweg an ihn zurückgeht und nur der Rest dem der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Gläubiger zufällt. Auf diese Art wird also der Erbe entweder selbst vorweg befriedigt oder erhält die nötige Summe, um die anderen Nachlaßgläubiger befriedigen zu können[74]). Nicht ausgeschlossen ist es auch, daß der vollstreckende Gläubiger aus dem erzielten Erlös von sich aus die Befriedigung des ihm vorgehenden Nachlaßgläubigers vornimmt[75]).

2.) Der Erbe selbst ist wegen seiner Forderung aber nicht genötigt, die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers abzuwarten, um dann aus dem Erlös vorweg befriedigt zu werden. Vielmehr kann er einmal grundsätzlich zur Deckung seines Anspruchs Nachlaßgegenstände zum Schätzungswert übernehmen[76]). Ebenso darf er die zur eigenen Befriedigung erforderliche Summe auch durch freihändigen Verkauf des Nachlaßrests aufbringen[77]). Dies Recht des Erben ergibt sich m. E. daraus, daß er zwecks Befriedigung dritter Nachlaßgläubiger auch nicht die Zwangsvollstreckung abzuwarten braucht, sondern Nachlaßgegenstände an Zahlungs Statt übertragen kann. Das Entsprechende muß gelten, wenn er selbst der Gläubiger ist[78]).

---

[74]) Strohal, Erbrecht, S. 248/9; Riesenfeld, 2. Bd. S. 241, 250, 313/14.

[75]) So Planck, § 1973, 5 cζ; Engländer, S. 73; Nauenberg, S. 59, 60.

[76]) Ist im Nachlaß Geld vorhanden, dann kann der Erbe zweifellos unmittelbar und leicht die Beträge zur Berichtigung vorgehender Ansprüche abziehen.

[77]) Die Befugnis zur schätzungsweisen Uebernahme von Nachlaßgegenständen will Riesenfeld (2. Bd., S. 241) dem Erben nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe aus § 1990 verwehren, während er sie in allen übrigen Fällen der Vollstreckungspreisgabe dem Erben zuerkennt (vgl. ders. auf S. 250, 313). — Aehnlich betonen Strohal, Erbrecht (vgl. S. 247, 304, 305) und Planck ein Recht des Erben zur Uebernahme von Nachlaßgegenständen zum Schätzungswert nur bei Besprechung des § 1973 (s. Planck, § 1973, 5 cβ). Staudinger § 1973, II 2c, §§ 1990 92, II B 3; Leonhard, § 1973, III B 6; Kretzschmar, § 75, Anm. 18, erwähnen überhaupt nichts von einem Befriedigungsrecht des Erben durch Uebernahme einzelner Nachlaßgegenstände.

[78]) Planck, § 1973, 5 c β, begründet das Recht des Erben zur schätzungsweisen Uebernahme von Nachlaßgegenständen für § 1973 mit dem Wertablösungsrecht nach § 1973 Abs. 2 S. 2 (vgl. unten S. 49 f.): Wie der Erbe seine Forderung vom Nachlaß unmittelbar abzuziehen vermag, wenn dieser in Geld besteht, so kann er infolge seiner Ablösungsbefugnis durch Wertzahlung auch von dem Wert seine Forderung abziehen; dies kommt dann einer schätzungsweisen Uebernahme von Nachlaßgegenständen gleich. Hat z. B. der Erbe eine Forderung von 100 RM, so kann er erklären, daß er bezüglich einzelner Nachlaßgegenstände den Wert von 100 RM zahlen wolle, hierauf aber seine eigene Forderung in Anrechnung bringe.

3.) Zu untersuchen ist die Rechtslage, wenn der Erbe gegenüber dem jetzt die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger wegen der vorgehenden Forderungen keine Vorwegbefriedigung aus dem Erlöse will und zwecks Befriedigung eigener Rechte auch nicht Nachlaßgegenstände veräußert oder zum Schätzungswert übernimmt. Vermag er dann sein Abzugsrecht praktisch dadurch geltend zu machen, daß er sich der Zwangsvollstreckung überhaupt solange widersetzt, bis er von der Haftung für die vorgehenden Verbindlichkeiten befreit ist oder wenigstens Sicherheit bei betagten oder bedingten Forderungen erlangt hat bzw. bis er selbst wegen seiner Eigenrechte gegenüber dem Nachlaß befriedigt ist? Oder kann sich der Erbe der Zwangsvollstreckung wenigstens insoweit widersetzen, als der Nachlaß zur Deckung der vorgehenden Verbindlichkeiten in Betracht kommt?

Eine Bejahung der ersten Frage würde bedeuten, daß der Gläubiger vielleicht Tausende zahlen müßte, um wegen einer Forderung von kleinem Betrag vollstrecken zu können[79]. Schon diese Billigkeitserwägung spricht allgemein dagegen, daß der Erbe den ganzen Nachlaß zurückbehalten kann, bis der die Vollstreckung betreibende Gläubiger vorgehende Verbindlichkeiten berichtigt bzw. Sicherheit geleistet hat. Hinsichtlich der Forderungen vorgehender dritter Nachlaßgläubiger ermangelt es nun zur Annahme eines Zurückbehaltungsrechts des Erben sowohl am ganzen Nachlaß wie an Teilen desselben auch jeder gesetzlichen Stütze[80]. Bezüglich der Eigenforderungen des Erben, vor allem der auf Aufwendungen beruhenden, wäre immerhin zu prüfen, ob nicht dem Erben das technische Zurückbehaltungsrecht des § 273 zusteht. Diese Frage ist im Schrifttum bestritten[81]. — Dabei gehen die meisten Schriftsteller von der Untersuchung des Zurückbehaltungsrechts am ganzen Nachlaß, andere von der an Teilen desselben im Umfang der dem Erben möglichen Abzüge aus, ohne daß sie sonderbarerweise gegenseitig auf diesen wesentlichen Unterschied hinweisen[82]. Diejenigen, welche zu einer Bejahung des Zurückbehaltungsrechts an Teilen des Nachlasses kommen, wenigstens als angebliche Vertreter dieser Meinung im Schrifttum angeführt werden, unterscheiden m. E. nicht scharf genug zwischen dem Zurückbehaltungsrecht und dem Recht des Erben

---

[79]) Strohal, Erbrecht, S. 248.

[80]) a. A.: Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 127.

[81]) Ein Zurückbehaltungsrecht bejahen RGRK, § 1973, 7 § 1991, 2; Cosack, § 150 IV 1; Leonhard, § 1991, 4; RG in Warn. 1914, Nr. 213; Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 127 (aber nur für den Fall der Vollstreckungspreisgabe aus § 1973, — verneinen: Planck, § 1973, 5 cβ, § 1991, 1 b; Staudinger, § 1973, II 2 c; § 1990/92, II B 3, S. 270; Riesenfeld, 2. Bd., S. 241, 251, 314; Strohal, Erbrecht, § 75, 4 b, bes. Anm. 10, § 84, Anm. 13, § 82, Anm. 2; Binder, S. 207, 211, Anm. 13 für den Fall der Vollstreckungspreisgabe aus §§ 1990 und 1992). Auch die Protokolle, S. 773, erwähnen nichts von einem Zurückbehaltungsrecht.

[82]) Vgl. z. B. Planck a. a. O., Staudinger a. a. O., einerseits, RGRK a. a. O., Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 127 andererseits.

zur Uebernahme von Nachlaßgegenständen zum Schätzungswert: Mit der Ausübung des Rechts zur schätzungsweisen Uebernahme erlangt der Erbe Befriedigung und wird der betreffende Nachlaßteil dem Zugriff des Gläubigers endgültig entzogen, während dies bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht der Fall wäre. — Ein Zurückbehaltungsrecht des Erben bis zur Befriedigung seiner Ansprüche durch den Gläubiger könnte nun sowohl auf Grund von § 273 Abs. 1 wie § 273 Abs. 2 in Erwägung gezogen werden[83]). Auf § 273 Abs. 2 läßt es sich schon deswegen nicht stützen, weil eine Verpflichtung zur Herausgabe, wie sie § 273 Abs. 2 voraussetzt, nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe nicht besteht[84]). § 273 Abs. 1 setzt konnexe und fällige Ansprüche zwischen Gläubiger und Schuldner voraus. Die Ansprüche der Nachlaßgläubiger richten sich zweifellos gegen den Erben. Da andererseits die Ansprüche des Erben nicht gegen die Gläubiger gerichtet sind, sondern ihm als Träger seines Eigenvermögens gegen sich selbst als Träger des Nachlasses zustehen, fehlt die Gegenseitigkeit und damit eine notwendige Voraussetzung für das Zurückbehaltungsrecht auf Grund von § 273 Abs. 1[85]). Somit ergibt sich, daß sich der Erbe der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nicht durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 als Mittel zur Geltendmachung seines Abzugsrechts widersetzen kann.

III. Das Wertablösungsrecht des Erben.

Bei Vorhandensein eigener Rechte gegenüber dem Nachlaß steht es dem Erben, wie S. 47 gezeigt wurde, frei, Nachlaßgegenstände dem Zugriff eines Nachlaßgläubigers zu entziehen, indem er sie einfach zwecks seiner Befriedigung zum Schätzungswert übernimmt. Aber auch ohne die Voraussetzung eigener Rechte hat das Gesetz ausdrücklich in den Fällen der Vollstreckungspreisgabe (§§ 1973, 1989, 1992[86])) dem Erben das Recht verliehen, die Vollstreckung in den Nachlaß abzuwenden. Dies geschieht dann dadurch, daß dem Gläubiger zwecks seiner Befriedigung der Wert der sonst seinem Zugriff unterworfenen Nachlaßgegenstände gezahlt wird[87]). Die Erhaltung der Nachlaßgegenstände ist für den Erben vor allem dann wertvoll, wenn sie für ihn einen besonderen Andenkenwert oder Liebhaberwert besitzen, aber nur geringen Verkaufswert haben[88]). — Das Ablösungsrecht steht dem Erben im Falle der Dürftigkeit nach § 1990 nicht zu. Trotzdem dürfte sich im praktischen Enderfolg kein großer Unterschied zu den übrigen Fällen ergeben, weil der Erbe ja eine Verbind-

---

[83]) Vgl. bes. zu § 1973 die eingehenden Erörterungen bei Planck, 3. Aufl., S. 115 f.

[84]) Siehe oben 2. Kap., S. 15; vgl. Engländer, S. 72; Nauenberg, S. 61.

[85]) Vgl. Beutler, S. 39.

[86]) Siehe § 1973 Abs. 2 S. 2, § 1992 Satz 2.

[87]) Als ausgeschlossen ist die Einlösung jedoch hinsichtlich derjenigen Gegenstände anzusehen, die dem Gläubiger geschuldet werden, so mit Recht Planck, § 1973, 4 b.

[88]) Diesen allgemeinen Verkaufswert hat der Erbe zu zahlen, vgl. Nauenberg, S. 41.

lichkeit aus eigenem Vermögen berichtigen kann und ihm wegen des dann grundsätzlich entstandenen Aufwendungsersatzanspruchs das Recht zur schätzungsweisen Uebernahme von Nachlaßgegenständen zusteht.

Das Ablösungsrecht stellt juristisch betrachtet den Typ einer gesetzlichen facultas alternativa des Verpflichteten dar[89]). Der Erbe schuldet nicht die Zahlung des Wertes der haftenden Gegenstände, sondern ist nur berechtigt, sich so zu verhalten, als ob er die Wertzahlung schulde und dafür mit seinem gesamten Vermögen hafte[90]). Die Wertzahlung ist also nicht in obligatione, sondern nur in solutione[91]). Der Erbe wird zur Zahlung des Wertes auch dann noch nicht verpflichtet, wenn er erklärt, daß er von seiner Ablösungsbefugnis Gebrauch machen wolle[92]), vielmehr bleibt auch weiterhin bis zur erfolgten Zahlung lediglich die Haftung mit dem Nachlaß bestehen.

§ 2. Die neben die gegenständliche Haftung tretende persönliche Ersatzpflicht des Erben.

I. Allgemeines über die schuldrechtliche Verantwortlichkeit des Erben.

Die gegenständliche Haftungsbeschränkung als Wirkung der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe bringt dem Erben wegen der Enthaftung seines Eigenvermögens lediglich Vorteile, ist andererseits für die Nachlaßgläubiger nur von Nachteil, weil sie zwecks ihrer Befriedigung nur auf eine begrenzte Vermögensmasse greifen dürfen. Daher erscheint ein Interessenausgleich in der Richtung naheliegend, den Gläubigern eine gewisse Sicherheit dafür zu schaffen, daß ihnen

---

[89]) Weitere Fälle einer gesetzlichen facultas alternativa, wo man sich von einer Leistung durch Zahlung ihres Wertes befreien kann, sind im Erbrecht, z. B. §§ 2170 Abs. 2, 2329 Abs. 2; im übrigen § 251 Abs. 2, 617 Abs. 1 S. 2, 628 Abs. 1 S. 2.

[90]) Vgl. Boehmer, S. 81. Aus diesem Grunde ist es nicht richtig, wenn manche (z. B. Staudinger, § 1973, II 2d, Vorbem. vor § 1975, III 8; Warneyer, § 1973, IV; Riesenfeld, I. Bd., S. 138) sagen, daß durch die Wertablösungsbefugnis dem Erben gestattet wird, die Haftung cum viribus hereditatis in eine solche pro viribus hereditatis umzuwandeln. Eine Haftung pro viribus setzt immer voraus, daß dasjenige geschuldet wird, wofür man mit dem gesamten Vermögen haftet! Zutreffend ist es dagegen, wenn z. B. Planck, Vorbem. 2 vor § 1975, § 1973, 4b für die Fälle des Wertablösungsrechts von einer Abschwächung des Prinzips der Haftung cum viribus hereditatis spricht, da ja im Enderfolg die Haftung mit dem Nachlaß nicht verwirklicht wird.

[91]) Deutlich bringt aber z. B. Riesenfeld (S. 316) zum Ausdruck, daß er den Zeitpunkt der Ablösungserklärung — soweit er nicht auf die Rechtshängigkeit abstellt, - für maßgeblich hält; ebenso nach Auffassung Riesenfelds auch Strohal. Dagegen erklärt ausdrücklich z. B. Crome, S. 613 den Zeitpunkt der Einlösung für entscheidend.

[92]) So ist es allgemein bei der facultas alternativa; vgl. Oertmann, vor § 262, 1b; Leonhard, Allgem. Schuldrecht, S. 134; Planck, Vorbem. §§ 262, 265, II. 2a; RG in Warn. 1910 Nr. 158, S. 250.

wenigstens der Nachlaß als Haftungsobjekt bis zu ihrer Befriedigung ungeschmälert erhalten bleibt. Dies umsomehr, weil sich der Nachlaß regelmäßig seit Annahme der Erbschaft oder auch schon seit dem Erbfall im Besitz und in Verwaltung des Erben bzw. aller Miterben befindet.

Von einem dinglich gesicherten Schutz der Nachlaßgläubiger hat das Gesetz, wie schon oben[93]) gezeigt wurde, grundsätzlich abgesehen. Vielmehr ist der Erbe als ungebundener Vermögensherr des Nachlasses zu betrachten und hat daher darüber wie über sein sonstiges Vermögen freie Verfügungsbefugnis. Er vermag Nachlaßgegenstände für sich zu verbrauchen, kann sie zur Berichtigung von Eigenschulden verwenden und kann endlich beliebig Nachlaßgläubiger befriedigen, auch wenn für diese ausnahmsweise im Gesetz eine bestimmte Reihenfolge oder Verhältnismäßigkeit der Befriedigung vorgesehen ist. Die Verfügungen des Erben über den Nachlaß sind und bleiben grundsätzlich gültig. Andererseits ist ebenso wie ein rangloser Zugriff der Nachlaßgläubiger auf den Nachlaß auch ein solcher von Seiten der Eigengläubiger der Erben möglich. Bei Miterben kann vor der Teilung des Nachlasses zwar nicht der einzelne Miterbe über die Nachlaßgegenstände verfügen (§§ 2040 Abs. 1, 2033 Abs. 2), wohl aber ist dies allen Miterben gemeinsam möglich. Ebenso können allen Miterben gemeinsame Eigengläubiger oder Nachlaßgläubiger nach einem gegen alle Erben erwirkten Urteil in die Nachlaßgegenstände vollstrekken (§ 747 ZPO). Immerhin kann vor der Teilung der einzelne Miterbe über seinen Nachlaßanteil verfügen (§ 2033 Abs. 1) und dementsprechend können seine eigenen Gläubiger oder auch ranglos Nachlaßgläubiger in diesen vollstrecken (§ 859 Abs. 2 ZPO), was infolge der dann betriebenen Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft und Teilung des Nachlasses zu einer Schädigung der vorgehenden Nachlaßgläubiger führen kann. —

Besonders hinsichtlich der Verfügungsfreiheit des Erben (bzw. aller Miterben) über das den Nachlaßgläubigern nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe allein gegebene Haftungsobjekt erscheint zum Schutze der Gläubiger wenigstens eine schuldrechtliche Verantwortlichkeit für den Umgang mit dem Nachlaß gerechtfertigt. Durch diese wird eine Ersatzpflicht ausgelöst, die den einzelnen Erben oder gesamtschuldnerisch alle Miterben gemeinsam zu treffen vermag und in deren Höhe unbeschränkt gehaftet wird. Es ist zu prüfen, wie dieser Gedanke einer neben die gegenständliche Haftung des Nachlasses tretenden schuldrechtlichen Ausgleichungspflicht des Erben für Nachlaßminderungen bei den verschiedenen Anwendungsfällen der Vollstreckungspreisgabe vom Gesetz durchgeführt worden ist.

Im Falle der Dürftigkeit des Nachlasses oder der Ueberschuldung durch Vermächtnisse und Auflagen ist der Erbe[94]) für seinen Umgang mit dem Nachlaß seit dem Erbfall insoweit verantwortlich, als er nicht das objektive Interesse der Nachlaßgläubiger gewahrt hat und

---

[93]) Siehe § 1 dieses Kapitels, S. 31 f.
[94]) Entsprechendes gilt bei Vorhandensein mehrerer Erben.

ihm hierbei Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt[95]). Dies folgt aus den gemäß § 1991 Abs. 1 in Verb. mit § 1978 entsprechend anzuwendenden Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (bis zur Annahme der Erbschaft) bzw. den Auftrag (von jenem Zeitpunkt ab). Da eine wahre Geschäftsführung des Erben für die Nachlaßgläubiger nicht besteht[96]), der Erbe vielmehr als Inhaber des Nachlasses eigene Geschäfte führt und in erster Linie in eigenem Interesse tätig wird, braucht er anders als bei einem wirklichen Geschäftsbesorgungsverhältnis nicht auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen, sondern nur auf das Interesse (vgl. § 677 der Nachlaßgläubiger Rücksicht zu nehmen[97]). — Während sich der Erbe bis zur Annahme der Erbschaft entsprechend der Geschäftsführung ohne Auftrag um den Nachlaß nicht zu kümmern braucht, ihm also nur bei positivem Handeln die Wahrung des Interesses der Nachlaßgläubiger obliegt, trifft ihn von der Annahme der Erbschaft ab in Ansehung des Nachlasses in gewissem Sinne eine Verwaltungspflicht, derzufolge er nicht nur für den durch Handlungen, sondern ebenso für den durch Unterlassungen entstandenen Schaden ersatzpflichtig wird. So ist der Erbe beispielsweise auch verantwortlich, wenn er Nutzungen nicht zieht, die er nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft ziehen könnte.

Im Falle der Vollstreckungspreisgabe nach § 1973 und § 1989 dagegen trifft den Erben nach den anzuwendenden Bereicherungsvorschriften bis zur Kenntnis bzw. Rechtshängigkeit des der Vollstrekkungspreisgabe ausgesetzten Anspruchs überhaupt keine Verantwortlichkeit, also weder für durch Handlungen noch für durch Unterlassungen entstandene Schäden. Immerhin kann sich auch hier eine Ersatzpflicht des Erben nach § 818 Abs. 2 und Abs. 3 insoweit ergeben, als er durch die Nachlaßminderung noch bereichert ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn er infolge des Verbrauchs von Nachlaßsachen nötige Aufwendungen aus seinem eigenen Vermögen erspart hat[98]). Aber dieser Anspruch des auf die Vollstreckungspreisgabe

---

[95]) Planck, § 1978, 2d; Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 135.

[96]) Vgl. dagegen die Stellung des vorläufigen Erben gegenüber dem endgültigen Erben, wo es sich nach dem Wortlaut des § 1959 Abs. 1 um wahre Geschäftsführung handelt.

[97]) Vgl. Planck, § 1978, 1, 2a; Binder, Rechtsstellung des Erben, S. 134/135; Beutler, S. 22. Der Erbe braucht sich auch nicht an Weisungen der Gläubiger zu halten (Planck, § 1978, 2a).

[98]) Hat der Erbe für einen Nachlaßgegenstand Ersatz erlangt, der mangels dinglicher Surrogation nicht Nachlaßteil wird, so muß er dennoch entweder diesen selbst als Bereicherung herausgeben, sofern nur Surrogation in das Eigenvermögen des Erben eingetreten ist, oder er muß in Höhe seiner Bereicherung Wertersatz leisten; s. oben S. 34 ff., bes. S. 34, Anm. 18 und 19. Das letztere ist z. B. der Fall, wenn der Erbe etwas durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Nachlasses erwirbt. Dann ist der Erwerb nicht auf Grund des ursprünglich erlangten Rechts (s. § 818 Abs. 1), sondern auf Grund des Rechts gemacht, das durch den mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag erlangt ist. Dieses Recht steht mit dem ur-

verwiesenen Gläubigers stellt sich nicht wie regelmäßig bei § 1990 und § 1992 als Schadensersatzanspruch, sondern eben als Bereicherungsanspruch dar. Nach der Kenntnis bzw. Rechtshängigkeit des der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Anspruchs haftet der Erbe gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 nach den allgemeinen Vorschriften, d. h. also nach § 292 in Verb. mit §§ 989, 987 Abs. 2 für den Schaden, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens [99]) die Nachlaßgegenstände verschlechtert oder untergegangen sind oder aus einem sonstigen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden können, oder Nutzungen nicht gezogen worden sind. Diese Verantwortlichkeit ist also ähnlich der bei §§ 1990, 1992, wo der Erbe ebenfalls Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Aber eine Verantwortlichkeit des Erben nach § 989 besteht nur für Handlungen, nicht für Unterlassungen. Dies folgt argumento e contrario aus der Bestimmung des § 987 Abs. 2, woraus besonders zu entnehmen ist, daß der Erbe für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen, also für ein Unterlassen, ersatzpflichtig ist. Es ergibt sich auch aus dem allgemeinen Grundsatz, daß Unterlassungen nur bei einer Rechtspflicht zum Tun haftbar machen [100]).

Eine Pflicht zur Vornahme notwendiger, den Nachlaß erhaltender Verwaltungsmaßnahmen ist also nur vorhanden, wenn es zur Vollstreckungspreisgabe auf Grund von § 1990 oder § 1992 kommt, und zwar dann von der Annahme der Erbschaft ab. Daher entfällt auch bei den §§ 1973, 1989 stets und bei §§ 1990, 1992 bis zur Annahme der Erbschaft eine Schadensersatzpflicht wegen wissentlicher Duldung der Zwangsvollstreckung eines Eigengläubigers in den Nachlaß schon wegen der allgemein fehlenden Verantwortlichkeit für passives Verhalten. Dasselbe ergibt sich jedoch auch für §§ 1990, 1992 von der Annahme der Erbschaft ab trotz der dort vorhandenen Verantwortlichkeit für Unterlassen daraus, daß der Erbe keine Mittel hat, sich der Zwangsvollstreckung eines Eigengläubigers in Nachlaß endgültig zu widersetzen [101]).

Der Umfang der Ersatzpflichten bemißt sich, wie geschildert wurde, für die gesamte Zeit seit dem Erbfall entweder nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. den Auftrag oder nach Bereicherungsvorschriften. Ist es möglich, daß nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe hinsichtlich des Umfanges der Ersatzpflichten des Erben zeitlich verschiedene Grundsätze, also für eine gewisse Zeit die sich aus der Geschäftsführung ohne Auftrag

---

sprünglich erlangten Recht dann nur in mittelbarer Beziehung (s. Planck, § 818, 3 a). Hätte auch in diesem Umfange Surrogation eintreten sollen, so würde das Gesetz dies ähnlich wie z. B. im Falle der §§ 1370, 1524, 1638 Abs. 2, 2019 besonders bestimmt haben.

[99]) D. h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 276.

[100]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 15 III 7; Warneyer, § 989; Soergel, § 989, 2, wo ausdrücklich für § 989 betont ist, daß das bloß passive Verhalten des Besitzers keine Verantwortlichkeit auslöst.

[101]) Auch § 783 ZPO gibt nur vorübergehend die Möglichkeit zu einer Einschränkung der Zwangsvollstreckung.

bzw. dem Auftrag, dann aber auch die sich aus Bereicherungshaftung ergebenden Grundsätze gelten? Diese Frage taucht stets nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf Grund von § 1989 auf, da während des Konkurses für die Bemessung der Ersatzpflichten des Erben § 1978 Anwendung findet. Sie ergibt sich auch, wenn während der Nachlaßverwaltung oder nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf Grund von § 1990 das Aufgebotsverfahren durchgeführt wird und dann die Vollstreckungspreisgabe gegenüber ausgeschlossenen Gläubigern nach § 1973 erklärt wird. M. E. ist grundsätzlich zu sagen, daß mit einer Haftungsbeschränkung einmal eingetretene Wirkungen bestehen bleiben und nicht wieder rückgängig werden. Ergibt sich daher für den Erben nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder Anordnung der Nachlaßverwaltung oder nach Erklärung der Vollstrekkungspreisgabe auf Grund von § 1990 oder § 1992 eine sich nach § 1978 bestimmende Ersatzpflicht, so vermag erst von der Konkurs-Beendigung bzw. vom Ausschlußurteil ab eine Bemessung der Ersatzpflicht gemäß den Bereicherungsvorschriften zu erfolgen.

Die schuldrechtliche Verantwortlichkeit des Erben in bisher beschriebener Weise und Umfang vermag nicht nur bis zur Erklärung der Vollstreckungspreisgabe eine Rolle zu spielen, sondern ist stets auch weiter in der Zeit von der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe bis zur Vollstreckung des Gläubigers vorhanden[102]). Für eine gegenteilige Auffassung ist kein Raum. Vielmehr erfordert gerade der Umstand, daß der Erbe auch nach endgültiger Haftungsbefreiung seines Eigenvermögens durch Erklärung der Vollstreckungspreisgabe den Nachlaß zu seiner Verfügung behält, einen sorgfältigen Umgang mit dem Nachlaß im Interesse des Nachlaßgläubigers. Die Lage des Erben ist hier eine ganz andere, als wenn es zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung kommt; denn bei Eröffnung eines solchen Liquidationsverfahrens geht die Verwaltung des Nachlasses auf ein amtliches Organ über, sodaß dann für eine weitere Verantwortlichkeit des Erben kein Bedürfnis besteht.

Im ganzen zeigen die bisherigen Darlegungen, daß den Erben nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe gemäß §§ 1973, 1989 eine geringere Verantwortlichkeit für sein Gebaren mit dem Nachlaß trifft, als bei der Vollstreckungspreisgabe gemäß §§ 1990, 1992, daß also ein Schutz der ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger, bzw. der Nachkonkursgläubiger gegen Schädigungen des Nachlasses durch den Erben nicht in so hohem Maße vorhanden ist.

II. Die Ersatzpflicht des Erben für Nachlaßminderungen durch Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten im besonderen.

Wann im einzelnen Falle eine Schadensersatzpflicht des Erben begründet ist, wird regelmäßig nach der jeweiligen Sachlage verschieden zu beantworten sein. Es lassen sich aber ähnlich wie für Aufwen-

[102]) Boehmer, Erbfolge, S. 171; Planck, § 1991, 1a; Staudinger, §§ 1990/92 II B 3 b; RGRK, § 1991, 1; Leonhard, § 1991, I; vgl. auch Riesenfeld, 2. Bd., S. 224.

dungsersatzansprüche des Erben wegen Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten aus Eigenvermögen [103]) gemeinsame und vergleichende Feststellungen machen für Ersatzpflichten wegen Schäden, die aus der Verwendung des Nachlasses zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten entstanden sind.

1.) Man muß zunächst Nachlaßminderungen infolge Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten unterscheiden, die nach Eintritt der das Recht zur Vollstreckungspreisgabe begründenden Tatbestände (also z. B. nach dem Ausschlußurteil oder nach dem Eintritt der Dürftigkeit des Nachlasses) erfolgt sind.

a.) Dann kann sich für den Erben gegenüber dem auf beschränkte Haftung mit der Vollstreckungspreisgabe verwiesenen Gläubiger eine Ersatzpflicht einmal deswegen ergeben, weil er sich einem anderen, ebenfall der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Gläubiger gegenüber nicht auf die Vollstreckungspreisgabe berufen hat oder diesem zwar die Vollstreckungspreisgabe erklärt hat, ihn aber dennoch außerhalb der Zwangsvollstreckung befriedigt [104]) und dabei den Nachlaß unsachgemäß verwertet hat. Dies betrifft also die Fälle, in denen der Erbe bei §§ 1973, 1989 einen anderen ausgeschlossenen Gläubiger bzw. ihm entsprechenden Nachkonkursgläubiger oder bei § 1990 irgendeinen Nachlaßgläubiger oder bei § 1992 einen anderen Vermächtnisnehmer oder Auflageberechtigten nach freihändiger Verwertung des Nachlasses befriedigt hat. Die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit aus dem Nachlaß außerhalb der Zwangsvollstreckung vermag den Erben nur bei den §§ 1973, 1989 dann nicht ersatzpflichtig zu machen, wenn die Berichtigung vor Kenntnis bzw. Rechtshängigkeit der jetzt zu berichtigenden Forderung erfolgt ist, da vor dieser Zeit den Erben eine Verantwortlichkeit wegen seines Umgangs mit dem Nachlaß überhaupt nicht trifft [105]). Wo aber sonst wegen der nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgten Befriedigung eines Nachlaßgläubigers eine Verantwortlichkeit des Erben begründet sein könnte, ist diese umfänglich doch nur insoweit vorhanden, als der Nachlaß durch die freihändige Verwertung zum Schaden des nunmehr an den Erben herantretenden Gläubigers mehr als durch eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Verwertung vermindert ist. Daß der Erbe im übrigen für die eingetretene Nachlaßminderung nicht ersatzpflichtig ist, ergibt der für das Verhältnis aller der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Gläubiger geltende Grundsatz der Prävention [106]). Das Gegenteil folgt für die §§ 1990, 1992 auch nicht durch argumentum e contrario aus § 1979 oder aus § 1980 [107]), wenn

---

[103]) Siehe oben § 1, S. 42 ff.

[104]) Es ist oben, 2. Kap., S. 15, 17 dargelegt worden, daß die Befriedigung eines der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Gläubigers grundsätzlich im Wege der Zwangsvollstreckung zu erfolgen hat.

[105]) Vgl. oben S. 52.

[106]) Vgl. § 1, S. 38, Anm. 36.

[107]) Ueber die Anwendbarkeit des § 1980 auch nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe herrscht trotz seiner Nichterwähnung in § 1991 Abs. 1 im Schrifttum fast Uebereinstimmung; vgl. Planck,

die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit nach Kenntnis oder verschuldeter Unkenntnis von der Ueberschuldung des Nachlasses geschah. Die genannten Bestimmungen haben hinsichtlich aller Nachlaßverbindlichkeiten nur dann volle Bedeutung, wenn damals Anlaß zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses bestand [108]). Dies ist aber gerade bei Dürftigkeit oder Ueberschuldung des Nachlasses durch Vermächtnisse und Auflagen nicht der Fall, da hier das Gesetz zur Haftungsbeschränkung das besondere Mittel der Vollstreckungspreisgabe gegeben hat [109]). Auch ergibt sich aus § 1991 Abs. 3 und Abs. 4, welche als Sonderbestimmungen den Erben bzgl. der darin genannten Verbindlichkeiten ausnahmsweise zur Einhaltung einer Reihenfolge bei der Befriedigung verpflichten, daß im übrigen für eine ranglose Befriedigung aus dem Nachlaß keine Verantwortlichkeit des Erben besteht [110]).

b.) Eine Schadensersatzpflicht kann sich für den Erben gegenüber dem jetzt auf die Vollstreckungspreisgabe verwiesenen Gläubiger ferner dann ergeben, wenn er sich früher einem ausnahmsweise im Range nachstehenden Gläubiger gegenüber nicht auf die Vollstreckungspreisgabe berufen hat, oder dies zwar getan, auch die Zwangsvollstreckung abgewartet hat, aber dennoch die jetzt von der Vollstreckungspreisgabe betroffene vorgehende Forderung nicht ordnungsmäßig (ganz oder teilweise) vom Nachlaß als dem Haftungsobjekt abgezogen hat [111]).

α) Hierbei ist es einmal möglich, daß diese Forderung vom Nachlaß zum Nachteil der schon berichtigten Verbindlichkeit deswegen hätte abgezogen werden können [112]), weil sie auf Grund des damals gegebenen Tatbestandes nicht der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzt war. Dies betrifft beispielsweise den Fall, wenn sie früher durch Ausschlußurteil nicht ausgeschlossen wurde und daher bei der Befriedigung aus dem Nachlaß allen anderen ausgeschlossenen Forderungen vorging. Ebenso ist es, wenn es sich bei der jetzt von der Vollstreckungspreisgabe betroffenen Forderung um eine gewöhnliche Nachlaßforderung oder einen Pflichtteilsanspruch handelt, der auf Grund des damals vorliegenden Tatbestandes der Ueberschuldung des Nachlasses durch Vermächtnisse und Auflagen nicht der Vollstreckungspeisgabe aus § 1992 ausgesetzt war. Der Tatbestand, der jetzt das Recht zur Vollstreckungspreisgabe gegenüber der damals nicht vom Nachlaß abgezogenen Verbindlichkeit begründet, ist in all diesen

---

§ 1991, 1a; Strohal, Erbrecht, § 81 Anm. 5; Dernburg, § 170 Anm. 13; Kretzschmar, § 83, S. 580; a. A. aber Riesenfeld, 2. Bd., S. 159, 228; s. auch unten S. 58, Anm. 119.

[108]) Vgl. oben § 1, S. 45.

[109]) Vgl. auch § 1980 Abs. 1 Satz 3.

[110]) Z. B. Planck, § 1991, 1d.

[111]) Auch hier machen wieder bei § 1973 und § 1989 die vor der Kenntnis bzw. Rechtshängigkeit der ausgeschlossenen, bzw. der dieser entsprechenden Forderung vorgenommenen Berichtigungen von Nachlaßverbindlichkeiten den Erben nicht verantwortlich.

[112]) Vgl. oben § 1, S. 37 ff.

Fällen regelmäßig der des § 1990: Der Nachlaß ist durch die Befriedigung der auf Grund des früheren Tatbestandes im Range nachstehenden Forderungen dürftig geworden.

β) Denkbar ist auch, daß die nunmehr von der Vollstreckungspreisgabe betroffene Forderung auf Grund desselben Tatbestandes, aus dem sich jetzt das Recht zur Vollstreckungspreisgabe herleitet, bei Berichtigung einer anderen Verbindlichkeit vom Nachlaß hätte abgezogen werden können. Dies ist insoweit der Fall, als das Präventionsprinzip von Ausnahmen durchbrochen wird [113]). War also die jetzt zu berichtigende Forderung früher schon rechtskräftig festgestellt worden und hatte sie der Erbe vom Nachlaß nicht in Abzug gebracht, dann vermag sich eine Schadenserstzpflicht zu ergeben. - - Nicht anders ist es, wenn es sich bei der jetzt von der Vollstreckungspreisgabe betroffenen Forderung um eine gewöhnliche Nachlaßverbindlichkeit oder auch um eine Erbfallverbindlichkeit handelt, welche bei der Berichtigung einer anderen der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Erfallverbindlichkeit vom Nachlaß ganz bzw. teilweise hätte in Abzug gebracht werden können [114]).

γ) Bei den unter α) und β) angeführten Fällen entfällt eine Ersatzpflicht des Erben jedoch dann, wenn er bei Unterlassung des Abzugs der jetzt von der Vollstreckungspreisgabe betroffenen Forderung vom Nachlaß dessen Ueberschuldung ohne Fahrlässigkeit nicht erkannt hat und daher den Gläubiger hinsichtlich seiner Befriedigung aus dem Nachlaß ungefährdet glaubte. Dabei kann der Erbe den Umfang und Wert des Nachlasses oder die Größe der Nachlaßverbindlichkeiten unrichtig eingeschätzt haben [115]). Das Fehlen der Ersatzpflicht des Erben ergibt sich dann aus § 1991 Abs. 1 in Verb. mit § 1979, wenn es zur Vollstreckungspreisgabe nach den §§ 1990, 1992 kommt. Erfolgt die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf Grund von § 1973 oder § 1989, dann ergibt sich m. E. der Mangel einer Ersatzpflicht des Erben gegenüber dem jetzt zu befriedigenden Gläubiger schon aus der allgemeinen Bestimmung, daß seit Kenntnis der Forderung der Erbe nur ein Verschulden beim Umgang mit dem Nachlaß zu vertreten hat [116]). Als ein Verschulden ist es dem Erben

---

[113]) Vgl. oben § 1, S. 38 ff.

[114]) Der Abzug müßte dann für § 1990, § 1992 auf Grund von § 1991 Abs. 4, für § 1989 auf Grund entspr. Anwendung von § 1973 Abs. 1 erfolgen. — Für § 1973 ergibt sich die Schadensersatzpflicht gegenüber dem jetzt von der Vollstreckungspreisgabe betroffenen Gläubiger entsprechend, wenn seine Forderung bei Berichtigung der dort nicht der Vollstreckungspreisgabe ausgesetzten Erbfallverbindlichkeit nicht vom Nachlaß abgezogen wurde.

[115]) Die irrtümliche Annahme der Nichtüberschuldung des Nachlasses kann dann z. B. nur auf einer Ueberschätzung des Wertes oder Umfangs des Nachlasses beruhen, wenn der Erbe bei Berichtigung einer ausgeschlossenen Forderung auf eine nicht ausgeschlossene Forderung keine Rücksicht genommen hat. Der Umfang sämtlicher nicht ausgeschlossenen Forderungen ist dem Erben nach dem Ausschlußurteil ja bekannt.

[116]) Vgl. oben S. 53.

aber m. E. nicht zuzurechnen, wenn er zum Nachteil einer vorgehenden Forderung eine im Range nachstehende Forderung aus dem Nachlaß zu einer Zeit berichtigt hat, in der er diesen als ausreichend zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten erachten durfte.

2.) Eine Nachlaßminderung kann auch durch Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit vor Eintritt der Tatbestände stattgefunden haben, auf die sich das jetzt gegenüber einem Nachlaßgläubiger geltend gemachte Recht zur Vollstreckungspreisgabe stützt. Vermag sich auch deswegen für den Erben gegenüber dem jetzt von der Vollstreckungspreisgabe betroffenen Gläubiger eine Ersatzpflicht zu ergeben? In der Regel ist dies zu verneinen. Es gilt im allgemeinen auch hinsichtlich des Nachlasses vor Eintritt der Tatbestände der gewöhnliche Grundsatz der schuldrechtlichen Haftung: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst". So entscheidet die Prävention vor Erlaß des Ausschlußurteils oder vor der ausnahmsweise erst nach dem Erbfall eintretenden Ueberschuldung des Nachlasses durch Vermächtnisse und Auflagen [117]). Vor der Konkursbeendigung liegt während des Liquidationsverfahrens zwar dem Konkursverwalter eine rang- und verhältnismäßig vorzunehmende Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß ob. Eine Verletzung dieser Verpflichtung macht aber nicht den Erben persönlich nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe aus § 1989 verantwortlich [118]). Eine Besonderheit gilt, wenn der Erbe vor der Dürftigkeit des Nachlasses in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis von der Ueberschuldung des Nachlasses Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt hat. Hier ist er insoweit verantwortlich, als der jetzt von der Vollstreckungspreisgabe betroffene Gläubiger bei damals erfolgter Konkurseröffnung keine Einbuße hinsichtlich der Befriedigung aus dem Nachlaß erlitten hätte. Das Bestehen dieser Ersatzpflicht des Erben folgt aus § 1980 Abs. 1 S. 2 [119]).

---

[117]) Eine Ueberschuldung des Nachlasses kann nach dem Erbfall durch Wertminderung der Nachlaßgegenstände eintreten.

[118]) Dies folgt aus der m. E. richtigen Auffassung der Rechtsstellung des Konkursverwalters als Amtsperson und nicht als Vertreter des Schuldners. So vertritt auch das Reichsgericht in ständiger langjähriger Rechtsprechung die Amtstheorie, vgl.: RG 29, 29; 53, 352; 55, 266; 63, 71; 97, 169. — Auf diese Frage hier näher einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten; daher sei verwiesen auf die Darlegungen von Jäger, KO. Anm. 1 ff. zu § 6.

[119]) Es wird mit der herrschenden Lehre (Planck, § 1979, 1 Abs. 2; Staudinger, § 1979, 1 Abschnitt 2; § 1980, 1; Strohal, Erbrecht, § 78 Anm. 18a, S. 268 oben; Riesenfeld, 2. Hälfte, S. 157 oben) anzunehmen sein, daß sich eine Schadensersatzpflicht des Erben nicht schon aus § 1979, sondern erst aus der genannten Bestimmung des § 1980 Abs. 1 Satz 2 herleiten läßt. — A. A.: Beutler, S. 26, der fälschlich beispielsweise Staudinger und Strohal als Vertreter seiner Meinung anführt, § 1979 lege bereits eine Schadensersatzpflicht fest. Nach Binder, Rechtsstellung des Erben S. 140, soll § 1979 überhaupt nur Berichtigungen aus Eigenvermögen des Erben betreffen. — Jedenfalls kommt m. E. der Bestimmung des § 1980 vor allem die Bedeutung zu, daß nach ihr für die Bemessung der Ersatzpflicht des Erben eine Sachlage zugrunde zu legen ist, wie sie im Konkursfalle bestanden hätte, nicht also etwa ein Ersatz im vollen Umfange der berichtigten Nachlaßverbindlichkeit zu leisten ist (vgl. auch oben S. 55, Anm. 107).

2. Abschnitt:
Der Einfluß auf die Schuld.

Die bisherigen Ausführungen dieses Kapitels dienten der Frage nach den Wirkungen der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf die Haftung des Erben. Weitere Aufgabe ist es nunmehr, den Einfluß der Vollstreckungspreisgabe auf die schuldrechtliche Lage des Erben zu prüfen.

Es wurde oben [120]) festgestellt, daß bei Nichtausschlagung der Erbschaft durch den Erben die Schuld des Erblassers unverändert mit dessen Tode als rechtlich verpflichtendes Leistensollen auf den Erben übergeht und hinter sie eine unbeschränkte Haftung des Erben mit Nachlaß und Eigenvermögen tritt. In dieser Gestalt ist die Schuld regelmäßig in der Zeit kurz vor Erklärung der Vollstrekkungspreisgabe vorhanden. Angesichts der gegenständlich auf den Nachlaß beschränkten Haftung muß man sich nun die Frage vorlegen, ob und welche Veränderungen auch die Schuld des Erben durch die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe erfährt.

Der Beantwortung dieser Frage nach dem Schicksal der auf den Erben übergegangenen Leistungspflicht des Erblassers kommt mancherlei praktische Bedeutung zu, so beispielsweise in materiellrechtlicher Hinsicht für die Möglichkeit der condictio des Erben bei freiwilliger Befriedigung des Nachlaßgläubigers aus eigenem Vermögen, prozeßrechtlich bezüglich des zu erlassenden Urteils [121]). Falls nämlich die auf den Erben übergegangene Leistungspflicht des Erblassers nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe völlig unabhängig ist von dem Bestande des den Gläubigern nunmehr allein noch haftenden Nachlasses, so würde dem Erben grundsätzlich niemals die condictio zustehen, da er stets in Erfüllung einer Schuld geleistet hätte. Auf die Klage des Nachlaßgläubigers müßte in der Regel ein Leistungsurteil in der Gesamthöhe der alten Schuld ergehen.

I. Ueber den Einfluß der Vollstreckungspreisgabe auf die Schuld des Erben sind in Anbetracht der gegenständlichen Beschränkung der Haftung mehrere Auffassungen vertreten worden [122]). Die herrschende Meinung geht dahin, daß die Schuld des Erben unverändert, also als klagbare Leistungspflicht in vollem Umfange bestehen bleibt [123]), die Vollstreckungspreisgabe somit lediglich die materiellrechtliche Wirkung der Haftungsbeschränkung hat. — Einige Schriftsteller, besonders Gierke [124]) und Geib [125]) nehmen ein Erlöschen der Schuld des

---

[120]) 1. Kap., S. 11.
[121]) Vgl. hierüber unten 6. Kap., bes. S. 79.
[122]) Die Beeinflussung der Schuld wird anders als die der Haftung in den Kommentaren u. Lehrbüchern zum BGB in den erbrechtlichen Teilen gewöhnlich gar nicht, in den Teilen über Schuldrecht meistens nur sehr kurz behandelt.
[123]) v. Tuhr, S. 111 ff.; Buch, bes. S. 64; Hamburger, S. 120 f.; Reichel, S. 21, der allerdings von der gewillkürten Haftungsbeschränkung ausgeht.
[124]) Gierke, S. 107 f.
[125]) Geib, S. 164.

Erben dann an, wenn überhaupt kein haftender Nachlaß mehr vorhanden ist. Nach dieser Ansicht ist demnach bei einer nach völliger Erschöpfung des haftenden Nachlasses erfolgten Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit durch den Erben die condictio möglich. Die auf die Nachlaßverbindlichkeit gestützte Klage eines Nachlaßgläubigers auf Befriedigung wäre dann mangels jeder Haftung und Schuld des Erben abzuweisen. — Eine andere Gruppe von Schriftstellern [126]) vertritt die Ansicht, daß nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe die Schuld des Erben nicht mehr auf Leistung schlechthin, sondern auf Leistung aus dem Nachlaß gerichtet ist. Dabei wird diese Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß als Beschränkung der ursprünglichen Leistungspflicht bezeichnet. Auch hier weichen aber die Vertreter dieser Meinung in einzelnen Punkten teilweise wiederum voneinander ab. Während Siber [127]) die Beschränkung der Schuld wertmäßig entsprechend dem Wert der haftenden Nachlaßmasse auffaßt, d. h. beispielsweise bei einem Nachlaßwert von 500 RM eine Beschränkung der früher etwa auf 1000 RM gerichteten Leistungspflicht ebenfalls auf 500 RM, nimmt Oertmann [128]) keine wertmäßige Beschränkung der Leistungspflicht an, sondern will das Leistenmüssen des ursprünglichen Schuldbetrags nur auf die Nachlaßgegenstände beziehen. — Endlich ist als dritte Hauptmeinung die neuerdings von Boehmer und wohl auch von Siber [129]) vertretene Auffassung zu nennen, daß mit der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe die Schuld des Erben ganz erlischt, völlig unabhängig davon, ob der Nachlaß zur Befriedigung des betreffenden Nachlaßgläubigers ausreicht oder nicht.

II. Zu diesen zunächst nur kurz zusammengestellten Ansichten über die Einwirkung der Vollstreckungspreisgabe auf die Schuld des Erben wird im Laufe der folgenden Darstellung noch eingehend Stellung genommen werden. Doch sei schon jetzt erwähnt, daß besonders viele Vertreter der herrschenden Meinung einfach ihre Auffassung darlegen, ohne eine genauere Begründung zu geben. Dies mag daran liegen, daß die §§ 1975 ff. nur mit „Beschränkung der Haftung" des Erben überschrieben sind und das Gesetz sich auch sonst nicht über das Schicksal der auf den Erben übergegangenen Leistungspflicht ausspricht [130]). Es würde aber m. E. ein abzuleh-

---

[126]) Siber, Rechtszwang, S. 183, 196, 203, 219; Oertmann, Schuldverh., 1. Abt., Vorbemerkung 6; Staudinger, Schuldverh., 1. Teil, S. 7; Leonhard, Allgem. Schuldrecht, S. 33.

[127]) Siber, besonders in: Rechtszwang, S. 220.

[128]) Oertmann, Schuldverh., 1. Teil, Vorbemerkung 6; Oertmann führt zwar Siber auch als Vertreter seiner Meinung an; dies ist aber offensichtlich unrichtig mit Rücksicht auf die Ausführungen Sibers (Rechtszwang, S. 220).

[129]) Boehmer, Erbfolge, S. 88, 172, 175; Siber in Plancks Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse, Allgem. Teil, S. 34, 35, oben.

[130]) Von der Annahme, daß das Gesetz mit der Befugnis zur Erklärung der Vollstreckungspreisgabe ein Einrederecht gegen die Forderung gegeben habe, darf nicht ausgegangen werden; vielmehr muß umgekehrt nach Erkenntnis der Wirkungen auf die Schuld erörtert

nender Formalismus sein, wenn man aus dem Schweigen des Gesetzes schon den Schluß ziehen wollte, daß es bei der bisherigen Rechtslage, nämlich der vollen Schuld des Erben, bewendet.

Die herrschende Lehre von der Unveränderlichkeit der Leistungspflicht des Erben geht zwar von der an sich richtigen Feststellung aus, daß der Schuld auch im heutigen Recht neben der Haftung eine durchaus selbständige Stellung zukommt, so daß auch bei fehlender Zwangsbefugnis des Gläubigers der bisherige Schuldner wie bisher zur Leistung verpflichtet bleiben kann[131]). Aber damit ist nur eine notwendige Voraussetzung für die herrschende Lehre gegeben, nicht aber die Richtigkeit der herrschenden Lehre selbst erwiesen.

Um zu einem richtigen Ergebnis bzgl. des Schicksals der Schuld zu gelangen, darf m. E. vor allem nicht, wie es vielfach im Schrifttum geschieht[132]), die Rechtslage nach Erklärung der Vollstrekkungspreisgabe des Erben mit sonstigen im Zivilrecht vorkommenden Fällen gegenständlicher Haftungsbeschränkung ohne weiteres auf eine Stufe gestellt werden. Vielmehr muß man in jedem einzelnen Falle die besondere Stellung der bisher leistungspflichtigen Person zu der Schuld berücksichtigen und die praktischen Folgen, die sich aus der einen oder anderen Auffassung über das Schicksal der Schuld für den bisherigen Schuldner ergeben, abwägen und dann die Entscheidung treffen.

Unter den Fällen gegenständlicher Haftungsbeschränkung sind nämlich einmal solche zu unterscheiden, bei denen der zuletzt Leistungspflichtige nur deswegen Schuldner geworden ist, weil schon vor ihm ein anderer schuldete. Dies ist der Fall, wenn jemand, wie der Erbe, in die gesamte Rechtsstellung eines andern einrückt und daher zugleich die Leistungspflicht übergeht oder jemand auch nur ein Vermögen oder einen Vermögenskreis übernimmt und ihm das Gesetz aus diesem Grunde ausdrücklich die Schuldnerrolle auferlegt. (So beim Vermögensübernehmer nach § 419[133]).) Demgegenüber steht die andere Gruppe von Fällen gegenständlicher Haftungsbeschränkung, wo in der Person des jetzt beschränkt Haftenden die Schuld erstmalig begründet worden oder wenigstens im Wege der Einzelnachfolge auf ihn übergegangen ist. Bei dieser letztgenannten Gruppe ist es m. E. durchaus berechtigt, den nur noch beschränkt Haftenden grundsätzlich in vollem Umfang weiter schulden zu lassen: denn er ist kraft freien Willens Schuldner geworden, ohne daß ihn das Gesetz mittelbar oder unmittelbar in diese Stellung gedrängt hätte. Hierher gehören z. B.

---

werden, ob der Vollstreckungspreisgabe wirklich materiellrechtliche Einredenatur zukommt (vgl. unten 5. Kap., S. 67 ff.).

[131]) Diese Auffassung, die in der Betonung des Wertes des persönlichen Pflichtbegriffs ihren Grund hat, ist oben 1. Kap., S. 7 ff. bereits ausführlich dargelegt worden.

[132]) Vgl. Hamburger, S. 120; Geib, S. 164 ff.

[133]) Vgl. die Ausführungen Boehmers, Erbfolge, S. 98 ff.; ders. auch in Reichsgerichtsfestschrift, a. a. O. S. 247 ff. über den Unterschied der Universalsukzession, also des Eintritts in die gesamte Rechtsstellung des bisherigen Rechtssubjekts und der einfachen Uebernahme eines Vermögens.

die Fälle der §§ 1412 ff. BGB, wo die Frau eine Verpflichtung übernommen hat, dafür aber nur mit dem Vorbehaltsgut haftet [134]); ferner rechnet dazu aus dem Seerecht (§§ 754 ff. HGB) die Verpflichtung des Reeders, für die eine Haftung nur mit dem Schiffsvermögen besteht [135]). — Anders verhält es sich bei den zuerst genannten Fällen der gegenständlich beschränkten Haftung, wo der Erwerb der Schuldnerstellung von jemand nicht unmittelbar beabsichtigt war, sondern kraft Gesetzes als notwendiger Inhalt oder Folge eines anderen Rechtsvorganges eintritt. So ist es z. B. beim Erbfall für den Erben, bei der Vermögensübernahme für den Uebernehmer, beim Erbschaftskauf (§ 2382) für den Käufer, ferner bei dem Anfall des Vermögens eines Vereins oder einer Stiftung an den Fiskus (§§ 46, 88) für den Fiskus. Hier erscheint die Aufrechterhaltung der alten Schuld nach Herbeiführung der beschränkten Haftung gerade deswegen bedenklich, weil die Erlangung der Schuldnerrolle von dem Betreffenden, also auch dem Erben, nicht primär gewollt war. Das ist umsomehr der Fall, wenn man den Wert und Inhalt der rechtlichen Pflicht nicht nur nach seiner sachlichen Seite, z. B. dem Ausschluß der condictio beurteilt, sondern die Hauptbedeutung in dem persönlichen Moment des sich zu etwas rechtlich Verpflichtetfühlens erblickt. Daher darf meines Erachtens ein unverändertes Fortbestehen der alten Schuld in Fällen, in denen die Schuldnerstellung nicht lediglich kraft eigenen Willens erworben war, auch nur bei einer besonders begründeten Sachlage angenommen werden. Eine solche liegt m. E. vor, wenn die Haftungsbeschränkung nur eine zeitlich vorübergehende ist, der Schuldner also von Anfang an wieder mit weiterer unbeschränkter Haftung rechnen muß. Deshalb bleibt beispielsweise bei Eröffnung der Nachlaßverwaltung die Schuld des Erben bestehen [136]). Wollte man dagegen den Erben trotz der mittels der Vollstreckungspreisgabe herbeigeführten endgültig gegenständlich auf den Nachlaß beschränkten Haftung wie bisher weiter schulden lassen, so würde dies besonders dann eine schwere Belastung für ihn bedeuten, wenn überhaupt kein Nachlaß mehr vorhanden ist oder der Wert des noch vorhandenen Nachlasses die Höhe der Nachlaßverbindlichkeiten nicht erreicht. Hier müßte sich ein von Pflichtauffassung erfüllter Erbe, obwohl er mehr haftet, doch ständig sagen, daß er einer ihm vom Gesetz auferlegten Pflicht noch nicht nachgekommen ist. Von dieser könnte er sich nur dann ganz befreien, wenn er endlich doch aus seinem Eigenvermögen den Leistungserfolg

[134]) Daß sich hier übrigens der Fortbestand der Schuld auch aus der nur vorübergehenden Haftungsbeschränkung rechtfertigen läßt, s. die weiteren Ausführungen auf dieser Seite; vgl. Boehmer, Erbfolge, S. 87.

[135]) Die Haftung ist in diesem Falle übrigens zu einem gesetzlichen Pfandrecht verstärkt. Das Bestehen einer Leistungspflicht wird mit Ehrenberg, S. 29 ff., und Boehmer, Erbfolge, S. 86, anzunehmen sein.

[136]) Der Erbe ist lediglich für die Dauer der Nachlaßverwaltung nicht mehr passiv legitimiert. — Nicht anders ist es auch beim Nachlaßkonkurs, da nach dessen Beendigung zunächst wieder unbeschränkte Haftung eintritt.

herbeiführt. Das bezweckt und will gerade das Gesetz grundsätzlich nicht, indem es den Erben endgültig nur gegenständlich mit dem Nachlaß haften läßt. So würde man den Erben aber mittelbar zwingen, die volle Schuld auch aus eigenem Vermögen zu erfüllen. Schon diese grundsätzlichen Erwägungen sprechen m. E. entscheidend gegen die Aufrechterhaltung der bisherigen Schuld des Erben auch nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe.

Den Interessen des Erben hinsichtlich der Frage seiner Leistungspflicht würde man nun offenbar dann gerecht werden, wenn man ihn nicht mehr die Leistung schlechthin, sondern nur noch die Leistung aus dem Nachlaß schulden ließe. Dann brauchte sich nämlich der Erbe bei einem zur Befriedigung eines Nachlaßgläubigers nicht ausreichenden Nachlaß nicht verpflichtet zu fühlen, sein sonstiges Vermögen zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu verwenden. Zwecks näherer Prüfung dieser Leistungspflicht aus dem Nachlaß auf ihre Richtigkeit muß man sich darüber klar sein, daß ihr verschiedene Natur beigelegt werden könnte [137]).

a) Entweder sieht man die Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß als eine Veränderung der bisher auf Leistung gerichteten Schuld an. So könnte man Siber, Hellwig u. a. verstehen, da sie von einer Beschränkung der bisherigen Schuld reden. Dann würde, wie sonst die alte Schuld, die Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß selbständig neben die Haftung treten. Sie hätte primäre Bedeutung. Zwar würde sie bezüglich ihrer Gestalt und ihres Umfanges die gegenständlich beschränkte Haftung berücksichtigen, aber sie leitete sich nicht aus dieser ab, hätte nicht in dieser ihren Grund.

b) Demgegenüber ließe sich u. U. die Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß auch als eine neuartige, aus der gegenständlichen Haftung fließende Verpflichtung denken. Dann erschiene die Schuld lediglich als Reflexwirkung der Haftung; sie hätte allein in der Herrschaft des Erben über den Nachlaß ihren Grund und daher m. E. nur sekundäre Bedeutung. Nur in diesem Sinne wäre es berechtigt, die Leistungspflicht als Realobligation zu bezeichnen [138]). — Die Frage nach dem Vorhandensein einer solchen Leistungspflicht taucht auch bei der Prüfung der Natur des Pfandrechts auf, das sich von der gegenständlichen Haftung m. E. nur darin unterscheidet, daß das Zugriffsrecht des Gläubigers zu einem dinglichen verstärkt ist. Dort besteht Streit darüber, ob neben der Unterworfenheit bestimmter Vermögensgegenstände unter das Zugriffsrecht des Gläubigers auch von einer Leistungspflicht aus diesen Gegenständen zu sprechen ist [139]).

[137]) Abgesehen von den oben S. 60 erwähnten verschiedenen Möglichkeiten des Inhalts der Verpflichtung.

[138]) Vgl. Siber, Iher. Jhrb., Bd. 50, S. 136.

[139]) Vgl. die Literaturangaben b. Wolff, S. 468. — Gierke, S. 108, der beim Pfandrecht die Theorie der dinglichen Schuld vertritt, d. h. neben der Haftung eine auf volle Leistung gerichtete, aber nicht einklagbare Schuld annimmt, die mit dem Untergang oder der Veräußerung des Pfandgegenstandes für den Verpfänder erlischt, überträgt diesen Gedanken offensichtlich auf die Rechtslage bei der gegenständlich beschränkten Haftung, wo er ebenfalls bei dem völligen Verlust der Haftungsgegenstände die Schuld als erloschen ansieht.

Eine derartige Leistungspflicht beim Pfandrecht hätte, ihr Bestehen vorausgesetzt, aber nichts mit derjenigen Schuld zu tun, für deren Erfüllung das Pfand eine Sicherheit bieten soll. Der letzterwähnten zu sichernden Schuld würde bei Lage gegenständlich beschränkter Haftung des Erben die auf den Erben übergegangene Leistungspflicht des Erblassers in unveränderter oder veränderter Form (Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß in der unter α) bezeichneten Form) entsprechen.

c) Die geschilderte verschiedene Auffassungsmöglichkeit der Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß wird im Schrifttum nicht beachtet [140]). Dies zeigt sich schon darin, daß die Verpflichtung einmal als Beschränkung der bisherigen Schuld bezeichnet wird, zugleich aber auf eine Stufe mit der nach vertretener Ansicht auch bei der Grundschuld vorhandenen Leistungspflicht gestellt wird [141]).

Das Bestehen einer aus der Haftung stammenden Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß ist nun m. E. ebenso zu leugnen wie die entsprechende Verpflichtung beim Pfandrecht. Ebenso wie bei diesem nach richtiger Auffassung nur ein Verwertungsrecht des Pfandgläubigers vorhanden ist [142]), entspringt auch aus der gegenständlichen nicht dinglichen Haftung des Nachlasses keine Leistungspflicht. Außer diesem Grunde sprechen gegen eine aus der Haftung entspringende Verpflichtung zur Leistung aus der Sache auch noch dieselben folgenden Erwägungen, wie sie gegen eine aus der bisherigen unbeschränkten Verpflichtung entwickelte Pflicht zur Leistung aus dem Nachlaß gegeben sind.

Im Schrifttum wird die Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß überwiegend als auf facere gehend hingestellt [143]). Dagegen meint z. B. Siber [144]), daß nur ein dare geschuldet wird. Zu dieser neueren Ansicht gelangt Siber nach folgender Erwägung: Geschuldet werde allein die Geldleistung; der Umsatz des Nachlasses in Geld sei

— — — —

[140]) In einem ganz anderen Sinne muß m. E. die Verpflichtung des Erben zur Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß verstanden werden, wie sie Siber in Erbrecht, S. 130, und in Plancks Kommentar (Schuldverh., Allgem. Teil, S. 34 unter b) erläutert. Dort ist mit der genannten Verpflichtung die auf facere gerichtete Verwaltungspflicht gemeint, die den Erben als zunächst berufenen Liquidator des Nachlasses in den Fällen der Vollstreckungspreisgabe der §§ 1990, 1992 gemäß §§ 1978, 1979 rückwirkend zu treffen vermag (vgl. oben die Ausf. 4. Kap., § 2, S. 52. Diese Verwaltungspflicht kann sich auch darin äußern, daß der Erbe die Leistungen an Nachlaßgläubiger einzustellen hat, wenn sich nämlich die Unzulänglichkeit des Nachlasses ergibt (§ 1979). Sie ist primär nicht klagbar und vollstreckbar, sondern nur sekundär durch Androhung einer Schadensersatzpflicht wegen Verletzung gewährleistet.

[141]) Siber, Iher. Jhrb., Bd. 50, S. 140.

[142]) Ein näheres Eingehen darauf, daß beim Pfandrecht keine Leistungspflicht neben dem Verwertungsrecht vorhanden ist, würde hier zu weit führen. Es wird verwiesen auf die eingehenden Darlegungen bei Wolff (Wolff, a. a. O., § 131).

[143]) Vgl. Geib, S. 166; Hamburger, S. 418; Siber, Rechtszwang, S. 212 f. (anders in Iher. Jhrb., Bd. 50, S. 140).

[144]) Siber, Iher. Jhrb., Bd. 50, S. 140.

nur unselbständige Vorbereitungshandlung zur Beschaffung der erforderlichen Barmittel. Es sei nicht anders als bei einer auf Leistung schlechthin gerichteten Verpflichtung, wo zur Erfüllung unter Umständen auch eine Versilberung von Vermögensstücken notwendig sei, obwohl niemand hier eine auf solche Versilberung gerichtete Schuld annehmen wird. — Dieser Vergleich ist m. E. nicht ganz zutreffend. Allerdings ist Siber zuzugeben, daß bei einer Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß im Vordergrund stände wie bei der gewöhnlichen Leistungspflicht die geschuldete Geldzahlung, also ein dare. Aber die Verwertung des Nachlasses wäre als Arbeitsleistung nicht bloße unselbständige Vorbereitungshandlung, sondern selbst geschuldet. Bei der gewöhnlichen Schuld mit dem Inhalt einer auf Leistung schlechthin gerichteten Verpflichtung kommt es nämlich hauptsächlich auf den Leistungserfolg an; es ist gleich, ob aus eigenen oder fremden Mitteln die Leistung des Schuldners bewirkt wird. Daher wird hier der Schuldner bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Verwertung seines Vermögens von der Verpflichtung nicht befreit (s. § 279). Dagegen würde der Schuldner bei entsprechender Sachlage frei werden, wenn er nur die Leistung aus einer bestimmten Vermögensmasse schuldete[115]). Daran zeigt sich, daß die Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß außer einem dare auch ein facere enthalten würde. Der Inhalt der Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß ließe sich somit m. E. so angeben: Der Erbe schuldete in erster Linie ein dare; diese Schuld besteht aber nur insoweit, als er einer vorangehenden Verpflichtung zum facere nachzukommen imstande wäre. Es ist aber früher[116]) festgestellt worden, daß den Erben nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe keine Pflicht trifft, den Nachlaß freihändig zu verwerten und dann aus den Nachlaßmitteln den Nachlaßgläubiger zu befriedigen; vielmehr hat die Befriedigung des Gläubigers aus Nachlaßmitteln grundsätzlich im Wege der Zwangsvollstreckung zu erfolgen. Das steht m. E. im Widerspruche zur Annahme einer Schuld, eines Leistensollens aus dem Nachlaß; denn schulden heißt, einen Erfolg durch eigene Handlung, nicht durch Zwangsmaßnahmen des Gläubigers herbeiführen. Wenn also das Gesetz auf der einen Seite den Erben nicht verpflichtet, von sich aus den Gläubiger mit Nachlaßmitteln zu befriedigen, so kann ihm nicht andererseits doch eine Pflicht zu derartiger Befriedigung auferlegt werden.

So gelangt man also zu dem Ergebnis und zu der von Boehmer vertretenen Auffassung, daß nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe weder wie vor der Erklärung eine unbeschränkte Schuld des Erben zur Leistung, noch eine Verpflichtung zur Leistung aus dem Nachlaß vorhanden ist[117]). Vielmehr be-

---

[115]) Vgl. Geib, S. 167.

[116]) Vgl. oben 2. Kap., bes. S. 16 f.

[117]) Die dem Nachlaßgläubiger gewährten Sicherheiten, wie Bürgschaften und Pfandrechte, bleiben dessenungeachtet weiter bestehen (s. § 768 Abs. 1 Satz 2, §§ 1137 Abs. 1 Satz 2, 1211 Abs. 1 Satz 2). Der Zweckgedanke dieser Sicherungsrechte, dem Gläubiger Befriedigung

steht jetzt lediglich eine gegenständlich beschränkte Haftung des Erben mit dem Nachlaß. Man kann daher mit Boehmer[118]) sagen: „Die Leistungspflicht des Erben wird in eine gegenständliche Nachlaßhaftung, der Leistungsanspruch des Gläubigers in ein pfandartiges Recht auf Eigenbefriedigung verwandelt". „Der Schulderfolg, das sogenannte ‚Bekommensollen' des Gläubigers ist nicht mehr durch ein Leistensollen des Schuldners und eine Haftung seines ganzen Vermögens, sondern nur noch durch eine Befugnis des Gläubigers gesichert, sich aus dem Sondervermögen im Wege der Vollstreckung selbst zu befriedigen"[149]).

---

für den Fall zu garantieren, daß durch Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners dessen Haftung ins Leere fällt, kann m. E. auch auf Fälle ausgedehnt werden, in denen die rechtliche Existenz des Anspruchs wegen eingetretener gegenständlicher Haftungsbeschränkung vernichtet wird. Eine ähnliche Behandlung erfahren z. B. auch die durch Zwangsvergleich teilweise erloschenen Ansprüche, § 193 Satz 2 KO (ebenso Boehmer, Erbfolge, S. 175).

[148]) Boehmer, Erbfolge, S. 172.

[149]) Boehmer, Erbfolge, S. 88.

5. Kapitel:

Die Gestaltungsrechtsnatur der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe und deren materiellrechtliche Folgen.

Anschließend an die letzte Feststellung, daß neben die Beschränkung der Haftung ein Erlöschen der Schuld als Wirkung der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe tritt, also eine Umwandlung des bisherigen Schuldverhältnisses in ein bloßes Haftungsverhältnis erfolgt, ist der Frage näher zu treten, ob es angesichts dieser Wirkungen berechtigt ist, den mit der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe dem Erben gegebenen Rechtsbehelf als Einrede, wie es in der Regel geschieht, zu bezeichnen, oder ob es sich hier um einen anderen rechtlichen Begriff handelt.

I. Die Einrede im bürgerlichrechtlichen Sinne läßt sich mit Wolff[1]) Enneccerus-Nipperdey[1]), Lehmann[1]) bestimmen als das Recht, die Durchführung eines anderen Rechts gegen sich zu hindern. Bei dieser Begriffsbestimmung kommt zum Ausdruck, daß die Einrede sich nicht nur gegen Ansprüche als Leistungsverweigerungsrecht, sondern auch gegen anders geartete Rechte als Widerspruchsrecht richten kann[2]). So wäre es denkbar, daß sich eine Einrede gegen das der Haftung des Schuldners entsprechende Zugriffsrecht des Gläubigers, nicht aber dessen Forderung wendet. Stets handelt es sich bei der Einrede, auch wenn sie eine peremtorische, d. h. dauernde, ist, um ein Gegenrecht, das nach jetzt wohl allgemeiner und m. E. richtiger Ansicht das Recht des anderen nur lähmt, ohne es aufzuheben[3]).

---

[1]) Wolff, § 139, III, Anm. 11; Enneccerus-Nipperdey, § 207, I 1; Lehmann, S. 91.

[2]) Meistens wird unter Einrede allerdings nur das Leistungsverweigerungsrecht verstanden. Aber auch im BGB tritt der m. E. richtige weitere Begriff hervor, da in § 1157 (ähnlich in §§ 1137, 1169) von Einreden gegen die Hypothek die Rede ist. V. Tuhr, S. 310 f., bezeichnet allerdings diese Fälle mit „Quasieinreden", also einem besonderen Ausdruck; dagegen s. Enneccerus-Nipperdey, § 207, Anm. 4.

[3]) Auf diesen Punkt näher einzugehen, ist hier nicht möglich und angesichts der durchaus herrschenden und eingehend begründeten Meinung von dem Fortbestand des Rechts auch bei Geltendmachung einer peremtorischen Einrede nicht erforderlich. — Siehe besonders Oertmann, Allgem. Teil, Vorbem. B 2 d α vor § 194; Langheineken, S. 343 ff.; Enneccerus-Nipperdey, § 208, I 4; v. Tuhr, S. 309; Planck, vor § 194, 6, S. 508, und vor allem die überzeugenden klaren Darlegungen von Kipp, in der Festg. f. Koch, S. 131 ff. gegenüber Hellwig, Anspr., S. 10 ff.; Hölder, in ZZP, Bd. 29, S. 73 ff.; Siber, in Iher. Jhrb., Bd 50, S. 70; Krückmann, Iher. Jhrb., Bd. 57, S 197 ff..

Wenn das Recht des Erben zur Vollstreckungspreisgabe allgemein als Einrede bezeichnet wird, so beruft man sich dabei in der Regel auf den Gesetzeswortlaut (§§ 1973, 1990), wonach der Erbe die Befriedigung der einzelnen Nachlaßgläubiger verweigern kann, soweit der Nachlaß unter Berücksichtigung der gesetzlich vorgeschriebenen Verwendung zu deren Befriedigung nicht ausreicht. Allerdings entspricht dies einer typischen Ausdrucksweise des Gesetzes zur Kennzeichnung von Einreden, wie besonders § 222 zeigt. Aber der Wortlaut darf dennoch kein ausschlaggebender Grund zur Charakterisierung eines Rechtsbehelfs als Einrede sein. Dies zeigen m. E. auch die §§ 2014, 2015, die nach jetzt herrschender und wohl richtiger Auffassung keine rein materiellrechtliche Einrede enthalten, sondern lediglich eine prozessuale, die Zwangsvollstreckung hinausschiebende Einrede, eine formellrechtliche, prozessuale Unterstützung [4]). Man muß vielmehr nach Ermittlung des Inhalts und der Wirkungen eines Rechtsbehelfs in der Weise vorgehen, daß man untersucht, ob dieser Inhalt und diese Wirkungen mit dem technischen oben entwickelten Einredebegriff in Einklang stehen oder ihm widersprechen.

Das Recht des Erben zur Vollstreckungspreisgabe aus §§ 1973, 1989, 1990, 1992 wird im Schrifttum, soweit darüber überhaupt etwas gesagt wird, oder sich aus damit zusammenhängenden Erläuterungen Schlüsse auf diese Frage ziehen lassen, von manchen Schriftstellern als Einrede gegen die Forderung, von anderen als Einrede gegen das der Haftung entsprechende Zugriffsrecht angesehen [5]).

Bei Bestehen einer Einrede gegen die Forderung wäre die Haftungsbeschränkung nur als sekundäre Folge des Vorgehens des Erben zu denken. Mit der Annahme einer Einrede gegen die Forderung verträgt es sich aber nicht, daß die letztere nach Geltendmachung der Vollstreckungspreisgabe erlischt, wie in dieser Arbeit festgestellt wurde.

Daß höchstens eine Einrede gegen das Zugriffsrecht des Gläubigers in Betracht kommt, zeigt m. E. auch der Wortlaut der §§ 1973, 1990, wenn man diesen schon einmal zur Erklärung der Vollstreckungspreisgabe heranzieht. So heißt es dort nicht, wie in § 222, daß die „Leistung" an den Gläubiger, sondern daß die „Befriedigung"

---

[4]) Jungfer, Diss., S. 37; vgl. besonders die ausführlichen Darlegungen bei Planck, Vorbem. zu § 2014, V 6; Staudinger, § 2014, 1; Riesenfeld, 2. Bd., S. 286; Kretzschmar, § 73, III 4; Endemann, 2. Hälfte § 120, IV a; u. a. m. — RG 79, 201; anders Kipp, § 180, IV; Cosack, § 154 II 2, S. 411; auch RGRK, § 2014, 4.

[5]) Eine Einrede gegen die Forderung nehmen an: Planck, § 813, 2c; § 1991, 5; Staudinger, § 813 1aα, §§ 1990/92 VI; Oertmann, § 813, 1a; Siber, Rechtszwang S. 231 f. u. a., was sich besonders daraus ergibt, daß diese Schriftsteller dem Erben die condictio aus § 813 bei Leistung in Unkenntnis des Haftungsbeschränkungsrechts geben (hierüber s. näheres unten S. 70 ff.). — Aus der Nichtgewährung der condictio und den teilweise ausdrücklichen Hinweisen bei anderen Schriftstellern folgt ihre Auffassung von der Einrede gegen die Haftung (vgl. Hein, S. 139 f.; Raape in Iher. Jahrb., Bd. 72, S. 330; Buch, S. 350; Hamburger, S. 117, 121, 123; v. Tuhr, S. 31, der hier von „Quasieinrede" spricht; Geib, S. 161; Leonhard, § 1973, I C 2; auch Reichel, S. 21).

des Nachlaßgläubigers verweigert werden kann. Während „Leistung" lediglich Schuldwirkung ist, kann dagegen „Befriedigung" auch durch Haftung erreicht werden. Bei Bestehen einer Einrede hinsichtlich der Haftung müßte das Erlöschen der Schuld als sekundäre Folge der Wirkung erklärt werden, die durch das Vorbringen der Vollstrekkungspreisgabe auf die Haftung ausgeübt wird. Die Einrede selbst richtete sich dann als solche nur gegen das Zugriffsrecht des Nachlaßgläubigers. Aber auch als Haftungsbeschränkungsrecht könnte die als Einrede betrachtete Vollstreckungspreisgabe nur ein Haftungshemmungsrecht, kein Haftungsaufhebungsrecht bezüglich des Eigenvermögens des Erben sein[6]). Nur dies würde sich mit dem Charakter der Vollstreckungspreisgabe als Einrede vereinen lassen, als welche sie entsprechend der oben S. 67 getroffenen Feststellung das Zugriffsrecht des Nachlaßgläubigers nur lähmen, aber nicht aufheben könnte. Raape[7]) zeigt die Folgen, die sich an die Auffassung der Vollstreckungspreisgabe als Haftungshemmungsrecht knüpfen. Danach könnte ein Nachlaßgläubiger, der gegen den Erben ein Urteil mit dem Vorbehalt der Haftungsbeschränkung nach § 780 ZPO[8]) erlangt hat und nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe von der Pfändung abläßt und unbefriedigt wieder nach Hause kehrt, stets erneut auf das Eigenvermögen des Erben greifen[9]). Es wäre Sache des Erben, von neuem dem Zugriff auf sein Privatvermögen zu widersprechen[10]). Diese Pfändung von Eigenvermögen durch einen Nachlaßgläubiger, der vielleicht ein erneutes Vorgehen versucht, weil er das Auffinden bisher unbekannter Nachlaßgegenstände annimmt, geschähe zunächst zu Recht. Die einmal bei einer Zwangsvollstreckung geschehene Geltendmachung des Beschränkungsrechts würde nicht ein für allemal fortwirken. Aus einer solchen Auffassung folgt m. E. weiter, daß der Erbe Schadensersatz deswegen, weil der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in Eigenvermögen des Erben und nicht nur in gegebenenfalls neu entdeckte Nachlaßgegenstände richten läßt[11]), erst für die Zeit vom erneuten Hinweis auf die gehemmte Haftung an verlangen kann. Abgesehen von dieser höchst unbilligen Schlechtstellung des Erben, der also ständig damit rechnen und es sich immer zunächst gefallen lassen müßte, daß der Gerichtsvollzieher bei ihm Eigenvermögen pfändet, spricht aber vor allem m. E. gegen die Annahme einer bloßen Haftungshemmung ein ähnlicher Grund wie gegen das Weiterbestehen der Schuld: Der Erbe würde an sich auf ewig haften und den Zugriff des Gläubigers immer nur wieder durch Einrede entkräften können[12]). Daher ist auch die Auf-

---

[6]) Vgl. Raape, Iher. Jhrb., Bd. 72, S. 327.

[7]) Raape, a. a. O., S. 331. Die Folgen werden allerdings von Raape gebilligt.

[8]) Näheres über die prozessuale Gestaltung siehe unten Kap. 6.

[9]) Nur § 226 könnte entgegenstehen.

[10]) Wie Raape auch Planck, § 1991, 2 d.

[11]) Raape, Iher. Jhrb. 72, 329. Vgl. Molitor, in Iher. Jhrb., Bd. 69, S. 290. hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs nach vereinbarter Haftungsbeschränkung.

[12]) Vgl. oben, 4. Kap., 2. Abschn., S. 62 f.

fassung der Vollstreckungspreisgabe als ein Haftungshemmungsrecht abzulehnen; es kommt vielmehr zu einer wirklichen Haftungsaufhebung bzgl. des Eigenvermögens des Erben. —

Die Vollstreckungspreisgabe stellt somit keine Einrede dar[13]). Sie ist vielmehr wegen ihrer haftungsaufhebenden Wirkung bezüglich des Erbenvermögens und schuldausschließenden Wirkung ein Gestaltungsrecht im Sinne eines Aufhebungsrechts. Dies ist nach Sekkel[14]) ein Recht, dessen Inhalt die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung ist. Letztere kann ein Rechtsverhältnis sein, besonders ein Herrschaftsverhältnis und die ihm entsprechende Pflicht oder Haftung. Zwar bezeichnen auch Raape, Walsmann und Boehmer[15]) das Recht des Erben nach §§ 1973, 1989, 1990, 1992 als Gestaltungsrecht, aber sie verstehen dieses in dem weiteren Sinne, daß es auch den Einredebegriff mitumfaßt[16]).

II. An die Auffassung der Vollstreckungspreisgabe als Gestaltungsrecht knüpfen sich in materiellrechtlicher Hinsicht[17]) mancherlei Folgen, bei deren Untersuchung verschiedene Fragen auftauchen.

1.) Kann der Erbe, der in Unkenntnis seines Rechts zur Erklärung der Vollstreckungspreisgabe einen Nachlaßgläubiger mit Mitteln seines Eigenvermögens oder auch aus dem Nachlaß unter Nichtbeachtung der für die Berichtigung der betreffenden Nachlaßverbindlichkeit nach der Haftungsbeschränkung, z. B. der in § 1991 Abs. 3 und Abs. 4 vorgeschriebenen Reihenfolge befriedigt hat, das Geleistete nach § 813 kondizieren? Diese Vorschrift setzt voraus, daß dem Leistenden eine dauernde Einrede gegen die Geltendmachung des Gläubigerrechts zustand. Die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe aber ist kein Einrederecht, wie festgestellt wurde, sondern ein Gestaltungsrecht im Sinne eines Aufhebungsrechts. Die Frage ist nun zunächst, ob allgemein das Bestehen eines Aufhebungsrechts Grund für eine Einrede ist oder wenigstens die Folgen, die das Gesetz an ein Einrederecht knüpft,

---

[13]) Damit ist ebenfalls die von Siber (in Plancks Kommentar, § 273, 1c und im Erbrecht, S. 144 für den Rechtsbehelf der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe geprägte und auch von Boehmer, Erbfolge, S. 175, verwandte Bezeichnung „anspruchsändernde Einrede" abzulehnen. Man kann aber schon von einer Anspruchsänderung hinsichtlich des Unterganges der Forderung nicht sprechen, da die Haftung auf der Gegenseite nicht als Anspruch erscheint so mit Recht v. Tuhr, S. 177).

[14]) Seckel, in Festg. f. Koch, S. 210.

[15]) Raape, Iher. Jhrb. 72, 328; Walsmann, S. 300 f., Boehmer, Erbfolge, S. 173. Man geht dabei von dem an sich richtigen Gesichtspunkt aus, daß das Recht des Erben zur Beschränkung seiner Haftung allgemein ein Gestaltungsrecht, also ein solches auch bei §§ 1975 ff. ist (vgl. Boehmer, Erbfolge, S. 113).

[16]) Das Wesen des Gestaltungsrechts in diesem weiteren Sinne besteht dann darin, daß es die Befugnis gewährt, durch eine Erklärung oder eine Handlung eine Aenderung der Rechtslage herbeizuführen (s. Schmidt, S. 25. Seckel, a. a. O. S. 45 ff., der eigentliche Begründer des Begriffs „Gestaltungsrecht" rechnet wegen der bloßen Lähmungswirkung die Einrederechte nicht zu den Gestaltungsrechten.

[17]) Ueber die prozessualen Folgen dieser Auffassung s. unten in Kap. 6.

sich auch beim Aufhebungsrecht ergeben. Erörterungen hierüber sind in dem Schrifttum besonders für das Anfechtungsrecht angestellt worden. Während z. B. Langheineken[18]) einerseits es grundsätzlich verneint, daß die Anfechtbarkeit ein Einrederecht begründet, meinen Kohler und Hellwig[19]), daß demjenigen, der einen Anspruch anfechten kann, auch die Befugnis gegeben werden müsse, sich dem Anspruch zu entziehen: „Denn, wer den Anspruch niederschlagen kann, der kann ihn auch zurückweisen“[20]). Das Gesetz selbst sagt zu der Frage nichts. Es ist nun begrifflich durchaus denkbar, daß eine Einrede auf einem Gestaltungsrecht begründet ist. Denn worauf sich eine Einrede gründet, ob dieser Grund etwa in einer Vernichtungsmöglichkeit des Anspruchs besteht, erscheint grundsätzlich gleichgültig. Die in Betracht kommenden Fälle sind aber verschieden zu behandeln und m. E. unter folgenden Gesichtspunkten zu betrachten: Wenn das Gesetz ein bestimmtes Recht verleiht, so will es zunächst nur dieses geben; nur insoweit, als durch dieses Recht der mit ihm erstrebte Erfolg im einzelnen Falle nicht ohne weiteres erreicht werden kann, ist es vernünftigerweise am Platze, dem Berechtigten ein Aushilfsrecht zu geben. Als ein solches Aushilfsrecht erscheint denn auch die Einrede. Wenn aber der zur Gestaltung Berechtigte sein Aufhebungsrecht derselben Person gegenüber ausüben muß, wie es bei der vielleicht gegebenen Einrede der Fall wäre, und wenn vor allem beide Rechte derselben Person zuständen, ist in Wahrheit eine Einrede nicht gegeben. Die Interessen des Berechtigten sind dann durchaus gewahrt, wenn er von seinem Aufhebungsrecht Gebrauch macht. Daher hat z. B. wohl der Bürge dem Gläubiger gegenüber ein Einrederecht auf Grund der dem Schuldner zustehenden Anfechtungsmöglichkeit (§ 770); nicht aber hat der Schuldner selbst ein Einrederecht auf Grund seines Anfechtungsrechts (§ 768)[21]). Ebenso steht hier dem zur Erklärung der Vollstreckungspreisgabe berechtigten Erben nicht außerdem noch eine Einrede zu. Er kann sich gegen ein Vorgehen stets durch Ausübung seines Gestaltungsrechts schützen, so daß kein besonderer Grund zur Gewährung einer Einrede vorhanden ist.

Da die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe eine völlige Vernichtungsmöglichkeit des gegnerischen Anspruchs und nicht nur wie die Einrede eine Hemmungsmöglichkeit bietet, ist aber m. E. mit Oertmann[22]) a fortiore zu folgern, daß alle die Wirkungen, die das Gesetz als Folge der bloßen Einredemöglichkeit aufstellt, gegenüber durch Gestaltungsrecht vernichtbaren Ansprüchen erst recht

---

[18]) Langheineken, Anspruch u. Einrede, S. 317 f.; ferner Oertmann Allgem. T., S. 710; Recht d. Schuldverh., 2. Abt., § 813, 1 a α.

[19]) Kohler, Lehrbuch, Allgem. T., S. 197; Hellwig, S. 254.

[20]) So Kohler a. a. O.

[21]) So erklärt sich m. E. die Vorschrift des § 770 Abs. 1 gegenüber § 768 Abs. 1 S. 1 und nicht, wie Langheineken, S. 377 f., meint, damit, daß die Anfechtbarkeit an sich niemals Grund zu einer Einrede darstelle!

[22]) Oertmann, Allgem. T., S. 710,

gelten. Daher ist § 813 bei Leistung des Erben in Unkenntnis seines Rechts zur Erklärung der Vollstreckungspreisgabe grundsätzlich doch anwendbar [23]).

Was den Umfang der condictio anbelangt, so wird von Boehmer [24]) die Auffassung vertreten, daß sie insoweit nicht gegeben ist, als der geleistete Betrag nicht über den Wert des haftenden Nachlasses hinausgeht. Der Erbe habe dann die Nachlaßverbindlichkeit, soweit diese nicht als seine Eigenschuld, sondern als Nachlaßhaftung [25]) und daher nicht von der Vollstreckungspreisgabe betroffen erscheint, wie ein Dritter nach § 267 erfüllt. Für die schuldtilgende Wirkung der Drittleistung erachtet es Boehmer [26]) für gleichgültig, ob sich der Dritte irrtümlich selbst für den Schuldner gehalten, bzw. irrtümlich das Nichtvorhandensein einer ihm in Wahrheit zustehenden peremtorischen Einrede angenommen hat. — Hierzu ist m. E. zu bemerken, daß zunächst nichts dagegen einzuwenden ist, den Erben bei der Leistung als Dritten zu behandeln. Aber die dargelegte Auffassung Boehmers [27]), daß bei Leistung infolge irrtümlicher Annahme eigener Schuld die in Wahrheit bestehende Schuld erlischt und daher die condictio des Leistenden ausgeschlossen ist, muß m. E. mit der durchaus herrschenden Lehre [28]) abgelehnt werden. – Das zu tilgende Schuldverhältnis muß bei Drittleistung individuell bestimmt sein. Dies betonen auch Boehmer und Jung [29]). Mit Recht führt nun RG 44, 136 (143) bezüglich der Frage der condictio bei irrtümlicher Annahme eigener Schuld aus, daß es im Wesen des Schuldverhältnisses liegt, daß es zwischen bestimmten Personen vorhanden ist. Dasjenige Schuldverhältnis, zu dessen Erfüllung geleistet worden ist, gab es aber in Wahrheit nicht, weil das wirkliche Schuldverhältnis eben nicht zwischen dem Empfänger und Geber, sondern zwischen dem Empfänger und einem anderen besteht. Die Leistung, die nicht behufs Auflösung des echten, sondern behufs Auflösung eines eingebildeten Schuldverhältnisses geschah, ließ jenes daher an und für sich auch ganz unberührt. Sie war somit nach beiden Seiten ohne rechtlichen Grund. Die Annahme dieser negativen Voraussetzung des § 267, daß der Dritte sich nicht selbst irrtümlich für den Schuldner gehalten haben darf, vielmehr den Willen gehabt

[23]) Vgl. auch Oertmann, § 813, 1 a α, der die Möglichkeit der condictio damit begründet, daß durch nachträgliche Ausübung des Aufhebungsrechts die gezahlte Schuld rückwirkend in eine Nichtschuld verwandelt wird.

[24]) Boehmer, Erbfolge, S. 161, 179.

[25]) Boehmer a. a. O., S. 160, spricht hier von „Nachlaßschuld".

[26]) Boehmer, vgl. Anm. 24.

[27]) Wie Boehmer auch Jung, S. 83, Anm. 133.

[28]) Planck, § 813, 2 b. S. 1642; Staudinger, § 812, I 4 a δ; Oertmann, § 812, 1 c; RGRK, § 813. 6, bes. § 818, 7 δ; Enneccerus-Lehmann, § 443, 2 b, c, u. a.; RG 44, 143; 70, 352; 98, 65; RG in Warn. 1921, Nr. 151; anders neben Boehmer u. Jung, S. 83, Anm. 133, auch in der Rechtsprechung: RG in JW 1909, 274, Nr. 7; 1911, 79, Nr. 11. Ein genaueres Eingehen auf die Frage ist hier nicht möglich.

[29]) Boehmer und Jung, a. a. O., vgl. Anm. 27.

haben muß, die fremde Schuld zu tilgen, ist m. E. auch die praktisch allein befriedigende Auffassung. Es scheint mir eine übertriebene Wahrnehmung der Gläubigerinteressen und eine nicht zu billigende Behandlung des Leistenden zu sein, den Gläubiger eine Leistung behalten zu lassen, die ihm jemand, der selbst gar nicht Teilnehmer des Schuldverhältnisses ist, unter solchen falschen Vorstellungen gemacht hat.

Aus dieser Auffassung des § 267 folgt, daß auch der Umfang der condictio des Erben gegen den Nachlaßgläubiger nicht durch die Größe des gegenständlich haftenden Nachlasses bestimmt wird. Allerdings mindert sich der Umfang der condictio insoweit, als dem Erben dem Nachlaß gegenüber ein Ersatzanspruch zusteht und dieser durch den Wert des Nachlasses gedeckt erscheint. In Höhe dieses Anspruchs ist der Gläubiger dann nicht auf Kosten des Erben bereichert [30]).

2. Ebenso wie § 813 hinsichtlich der condictio ist m. E. auch § 390 bzgl. der Aufrechnung durch einen Nachlaßgläubiger anwendbar. Danach kann ein Nachlaßgläubiger nach Begründung des Rechts des Erben zur Erklärung der Vollstreckungspreisgabe, d. h. also z. B. nach dem Ausschlußurteil oder der Konkursbeendigung oder nach Eintritt der Dürftigkeit, nicht mehr gegen eine Eigenforderung des Erben aufrechnen [31]). Doch ist hier ausnahmsweise eine Aufrechnung dann möglich und endgültig wirksam, wenn sie schon vor Eintritt der die Befugnis zur Vollstreckungspreisgabe begründenden [32]) Tatbestände möglich war, nur damals von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht wurde. Denn die Aufrechnung wirkt ex tunc (§ 389) und bleibt als endgültige Befriedigung wirksam. Es erfolgt insoweit keine rückwirkende Sicherung der Haftungsbeschränkung [33]). — Handelt es sich aber bei der Gegenforderung um eine zum Nachlaß gehörende Forderung, dann steht § 390 einer Aufrechnung schon deswegen nicht im Wege, weil sich die einer Einrede entsprechenden Wirkungen der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe gegen die Forderung nur insoweit richten, als sich letztere auf der Gegenseite als „Erbenschuld", nicht aber als Nachlaßhaftung darstellt [34]).

---

[30]) Siehe auch z. B. Planck, § 1991, 5; Staudinger, § 1990/92. VI; Riesenfeld, 2 Bd., S. 228; Strohal, Erbrecht, S. 311, Nr. VI.

[31]) Planck, § 1991, 3.

[32]) War sie damals schon wirklich erklärt worden, so bleibt sie zweifellos wirksam. Nur für Aufrechnungen, die vor der Nachlaßverwaltung oder vor dem Nachlaßkonkurs erklärt wurden, ist in § 1977 ausdrücklich das Gegenteil bestimmt.

[33]) Vgl. Boehmer, Erbfolge, S. 159. — Für Zulassung und Gültigkeit der Aufrechnung mit z. T. anderer Begründung: Engländer, S. 97; Planck, § 390, 1; § 1973, 7 b; ferner § 1992, 5; Staudinger, § 1973, V; RGRK, § 1973, 2; Leonhard, § 1973, I D 2; Strohal, Erbrecht, § 75, Anm. 49; anders z. B. Planck, 1. u. 2. Aufl., § 1973, 3.

[34]) Siehe Planck, § 1991, 3.

6. Kapitel:

Prozessuale Gestaltung.

Als Gestaltungsrecht kann die Vollstreckungspreisgabe jederzeit, also sowohl vor wie während des Prozesses erklärt werden. Es ist nicht anders als bei anderen Aufhebungsrechten, z. B. dem Anfechtungsrecht. Zweifel über die Wirkung außergerichtlicher Geltendmachung, die bei Auffassung der Vollstreckungspreisgabe als Einrede auftauchen, entstehen hier nicht. Entsprechund der Lage bei der Anfechtung wird auch durch die vor dem Prozeß erfolgende Erklärung der Vollstreckungspreisgabe die Haftung beschränkt und die Schuld zum Erlöschen gebracht; ja, der Erbe braucht ebenso wie ein zur Anfechtung Berechtigter mit der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe nicht einmal zu warten, bis der Nachlaßgläubiger die Nachlaßverbindlichkeit geltend macht [1]). Diese Möglichkeit auch der außergerichtlichen Geltendmachung der Vollstreckungspreisgabe mit ihrer haftungsbeschränkenden und schuldausschließenden Wirkung ist für den prozessualen Verlauf von nicht unwichtiger Bedeutung.

1. Abschnitt:

Die Klageerhebung.

Die Klage eines Nachlaßgläubigers gegen den Erben wegen einer Nachlaßverbindlichkeit muß verschieden gestaltet sein, je nachdem, ob schon vor dem Prozeß die Vollstreckungspreisgabe erklärt wurde und dadurch eine Umwandlung des Gläubigerrechts erfolgt ist [2]). Besteht nämlich infolge der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe schon vor dem Prozeß an Stelle der bisherigen Schuld des Erben mit unbeschränkter Haftung nur noch eine gegenständliche Haftung des Nachlasses, während eine Schuld völlig fehlt, dann hat diese Aenderung der materiellen Rechtslage bereits in der Klage zum Ausdruck zu kommen. Letztere kann daher gegen den nicht mehr schuldenden Erben auch nicht mehr auf die ursprüngliche Leistungspflicht gerichtet sein. Vielmehr muß entsprechend der Umwandlung des Schuldverhältnisses die allein noch bestehende Haftung bereits in der Klage, besonders im Klageantrag, berücksichtigt werden [3]). Zur Begründung der Klage gehört dann die beschränkte Haftung des Erben, die Höhe des Befriedigungsrechts des Gläubigers, ferner die Behauptung, daß der

[1]) Vgl. Hellwig, Lehrbuch, I., S. 237.

[2]) Von der den Erben wegen seines Umganges mit dem Nachlaß gegebenenfalls treffenden Ersatzpflicht ist dabei abgesehen.

[3]) Die Fassung des Klageantrages ist entsprechend der Formulierung des später zu erlassenden Urteils, vgl. unten S. 79.

Beklagte auch der Erbe ist und die Erbschaft angenommen hat[4]). Da die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe den Erben zur Auskunft und gegebenenfalls zur Rechnungslegung über den Nachlaß verpflichtet[5]), hat der Gläubiger auf deren Erteilung schon vor dem Prozeß ein Recht, sodaß er die einzelnen haftenden Gegenstände auch schon in der Klage selbst anführen kann.

War die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe vor dem Prozeß noch nicht erfolgt, dann hat die Klage eines Nachlaßgläubigers gegen den Erben wegen der Nachlaßverbindlichkeit regelmäßig die ursprünglich geschuldete Leistung zum Gegenstande. Die Begründung der Klage muß die Behauptung des Bestehens der Forderung enthalten, sowie die Behauptung der Erbeneigenschaft des Beklagten und der erfolgten Annahme der Erbschaft[6]). — Möglich ist übrigens, daß ein Nachlaßgläubiger, auch wenn sein Befriedigungsrecht noch nicht in ein bloßes Zugriffsrecht auf den Nachlaß umgewandelt worden ist, nicht gegen den Erben auf Leistung klagt, sondern lediglich sein Zugriffsrecht durchsetzen will. Der Gläubiger will sich dann mit weniger begnügen, als ihm zur Zeit noch zusteht. Eine so begrenzte Klage ist jedoch, wie Planck[7]) richtig zeigt, für den Gläubiger nicht ratsam. Macht nämlich der Erbe angesichts dieser Klage während des Prozesses von seiner Gestaltungsbefugnis keinen Gebrauch, dann steht dem Gläubiger das als Wirkung der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe betonte Recht auf Auskunft und gegebenenfalls auf Rechnunglegung über den Bestand des Nachlasses nicht zu[8]).

2. Abschnitt:
Das Spruchverfahren.

1.) Bei Prüfung des weiteren Verlaufs seit der Klageerhebung ist in erster Linie von der Klage auszugehen, welche die beschränkte Haftung und das Erlöschen der Schuld des Erben wegen noch nicht erfolgter Erklärung der Vollstreckungspreisgabe nicht berücksichtigt. Es handelt sich also um die Klage, die auf die ursprüngliche Leistungspflicht gerichtet ist. — Die Frage taucht zunächst auf, wann und mit welchen prozessualen Mitteln die Vollstreckungspreisgabe seit Beginn des Prozesses erklärt werden kann. § 780 ZPO bestimmt, daß

---

[4]) Dies letztere ergibt sich aus § 1958; erst mit Annahme der Erbschaft erlangt der Erbe die Passivlegitimation; vgl. Hellwig, Anspr., S. 225, Anm. 17; — vor Annahme der Erbschaft kann nur gegen einen vom Gericht bestellten Nachlaßpfleger Klage erhoben werden.

[5]) Vgl. oben 2. Kap., S. 16.

[6]) Vgl. oben S. 74.

[7]) Planck, § 1973, Abs. 2, siehe auch Riesenfeld, 2. Bd., S. 234.

[8]) Er erreicht dann lediglich ein Urteil, das ihm den Zugriff auf den Nachlaß gestattet und hat nicht die Sicherheit, bei Nichterteilung oder nicht ordnungsmäßiger Erteilung von Auskunft über den Nachlaß auch in Eigenvermögen des Erben vollstrecken zu dürfen (vgl. unten S. 81).

der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen kann, wenn sie ihm im Urteil [9]) vorbehalten ist. Diese Bestimmung bedeutet nach richtiger Ansicht lediglich eine Rechtsverwahrung, betrifft also nicht schon die Ausübung der Gestaltungsbefugnis selbst. Sie gibt lediglich eine der Voraussetzungen für die Geltendmachung der Vollstreckungspreisgabe nach dem Urteil an [10]). § 780 ZPO erfordert nur einen allgemeinen Vorbehalt der Haftungsbeschränkung, d. h. es braucht nicht ein bestimmtes Mittel zur Haftungsbeschränkung vorbehalten zu werden. Von ihm wird auch der Fall des § 1992 gedeckt, obwohl § 780 von dem als Erben des Schuldners verurteilten Beklagten spricht, die Vollstreckungspreisgabe aus § 1992 aber nur gegenüber Erbfallgläubigern erklärt werden kann. Einer entsprechenden Anwendung steht hier nichts im Wege [11]). Ebenso wird die Vollstreckungspreisgabe aus § 1973 nach m. E. richtiger aber bestrittener Ansicht [12] von dem allgemeinen Vorbehalt des § 780 ZPO gedeckt. Wenn auch die beschränkte Haftung bei § 1973 als Bereicherungshaftung von besonderer Art ist und im Erbrecht des Gesetzes nicht unter III des 2. Titels im 2. Abschnitt aufgenommen ist, so handelt es sich doch bei ihr um Beschränkung der Haftung des Erben [13]). Daher ist m. E. kein Anlaß im Gesetz gegeben, die nach § 1973 herbeiführbare Beschränkung der Haftung nicht von dem allgemeinen Vorbehalt der beschränkten Haftung umfassen zu lassen. Es sprechen m. E. im Gegenteil Gründe dafür, gerade den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber den allgemeinen Vorbehalt der Haftungsbeschränkung genügen zu lassen. Diese Gläubiger haben sich durch Nichtanmeldung oder nicht ordnungsmäßige Anmeldung ihrer Forderungen zum Aufgebot fehlerhaft verhalten und so den Tatbestand, der die Vollstreckungspreisgabe begründet, selbst mit herbeigeführt. Sie verdienen nicht, besser als beispielsweise alle Gläubiger nach der Dürftigkeit

---

[9]) In der Formel, nicht in den Gründen muß der Vorbehalt stehen, Planck, 1973, 5b; a. A.: OLG 7, 134.

[10]) Boehmer, Erbfolge, S. 173; vgl. Raape, Iher. Jhrb. 72, S. 327.

[11]) Vgl. RGRK § 1992, 3; JW 1913, 870, Nr. 15.

[12]) Die Möglichkeit des allgemeinen Vorbehalts auch bezüglich der Vollstreckungspreisgabe aus § 1973 nimmt die herrschende Lehre an, z. B. Planck, 4. Aufl., § 1973, 5bδ; Staudinger, § 1973, I; RGRK § 1973, 2; Stein, § 780, I; Riesenfeld, 2. Bd., S. 318; Endemann, 2. Hälfte, § 123, IVc; Leonhard, I D; Kipp, § 76 II; Kretzschmar, § 75, Nr. II, 7; Bendix in LZ 1914, 1189 ff. (gegen Scheye, LZ 1914 S. 922); RG 83, 330; OLG 7, 134; 3, 385; 38, 264. Dagegen halten einen besonderen auf die Ausschließung hinweisenden Vorbehalt für erforderlich: z. B. Strohal, S. 244 f.; Planck in der 3. Aufl., § 1973, 5b; Raape, Iher. Jhrb. 72, S. 341. — Die Ausübung der Vollstreckungspreisgabe selbst verlangen: Boehmer, Erbfolge, S. 182 f.; Engländer, S. 79.

[13]) Siehe bes. Riesenfeld, 2. Bd., S. 318. — Ebenso ist m. E. der allgemeine Vorbehalt erforderlich, wenn zur Zeit des Urteils der das Recht zur Vollstreckungspreisgabe begründende Tatbestand der Ausschließung des Gläubigers noch nicht gegeben war, genau so, als wenn die später eingetretene Dürftigkeit des Nachlasses damals noch nicht vorlag; so auch Planck, § 1973, 5b.

des Nachlasses dadurch gestellt zu werden, daß sie schon im Prozeß endgültig Klarheit darüber erlangen, ob der Erbe gegebenenfalls von seiner Gestaltungsbefugnis Gebrauch machen wird oder nicht.

Da § 780 ZPO den alle Haftungsbeschränkungsmittel deckenden allgemeinen Vorbehalt gestattet, folgt de maiore ad minus, daß auch ein bestimmtes Haftungsbeschränkungsmittel, also z. B. die sich auf einen bestimmten Tatbestand gründende Befugnis zur Vollstrekkungspreisgabe vorbehalten werden kann [14]).

Wenn die Haftung des Erben schon unbeschränkbar geworden ist, etwa durch Inventarversäumnis, ist die Darlegung und der Beweis dieses Umstandes Sache des klagenden Gläubigers. In diesem Falle erscheint eine Verurteilung mit dem Vorbehalt nicht mehr möglich [15]).

Aus § 780 ZPO geht nun andererseits keinesfalls hervor, daß die Erklärung der Vollstreckungspreisgabe selbst nicht auch schon während des Prozesses erfolgen kann [16]). Vielmehr ist nur bestimmt, daß im Falle erst nach dem Urteil erfolgender Erklärung der Vollstreckungspreisgabe die Wirkung der Haftungsbeschränkung und Schuldaufhebung nur dann eintreten kann, wenn die Voraussetzung des Vorbehalts beschränkter Haftung im Urteil erfüllt ist.

Begnügt sich der Erbe im Prozeß nicht mit dem Vorbehalt der Haftungsbeschränkung nach § 780 ZPO, sondern erklärt er bereits die Vollstreckungspreisgabe, dann darf das Gericht den Erben nicht mehr zur Leistung mit dem Vorbehalt verurteilen [17]). Da nur noch eine Haftung des Nachlasses besteht und eine Schuld des Erben gar nicht mehr vorhanden ist, wird der Prozeß nicht mehr um „Schuld", sondern nur noch um „Haftung" geführt [18]). Während sonst in der Regel über die Haftung erst während der Vollstreckung entschieden wird, rückt hier besonders angesichts des Mangels jeglicher Schuld die Haftung notwendig schon in das Spruchverfahren herauf. Ein Leistungsurteil ist nach der hier vertretenen Auffassung von der Gestaltungsrechtsnatur der Vollstreckungspreisgabe gar nicht mehr denkbar. Wenn über die Möglichkeit eines Leistungsurteils häufig im Schrifttum und auch in der Rechtsprechung eine andere Ansicht vertreten wird [19]), so liegt dies m. E. in der Hauptsache an einer Verkennung der in dieser Arbeit dargelegten Wirkung der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe auf die Schuld des Erben. Der Erbe hat im Prozeß bei Erklärung dar Vollstreckungspreisgabe den sein Recht begründenden Tatbestand (z. B. Ausschließung des betreffenden Gläubigers durch Ausschlußurteil oder Dürftigkeit des Nachlasses) klarzu-

---

[14]) Kipp, § 71, III.

[15]) Ebendas. wie Anm. 14.

[16]) Planck, § 1975, 5 bα; Staudinger, § 1973, II 1, §§ 1990/92, II B 1, 3. Abs.; Riesenfeld, 2. Bd., S. 232 f.; Raape in Iher. Jhrb. 72, 330; Beutler, S. 16; RG 69, 291; 77, 245; a. A.: Hagen, S. 134.

[17]) Boehmer, Erbfolge, S. 174; Riesenfeld, 2. Hälfte, S. 236; OLG 30, 190, vgl. auch OLG 44, 68.

[18]) So treffend Boehmer, Erbfolge, S. 88.

[19]) Siehe bes. Staudinger, § 1973, II 1, §§ 1990/92, II B 1; Stein, § 780, II; Beutler, S. 16; RG 69, 291 ff.; 77, 245 ff.; RG in JW 1918, 816; OLG 18, 314.

stellen und im Falle des Bestreitens zu beweisen[20]). Da sich der Prozeß dann lediglich noch um Haftung dreht, muß eine Feststellung des Umfanges der haftenden Vermögensmasse ebenfalls im Prozeß grundsätzlich zulässig sein.

Erbringt nun der Erbe den Nachweis, daß haftender Nachlaß gar nicht mehr vorhanden ist[21]), dann ist das Gläubigerrecht rechtlich erloschen; es ist nicht etwa nur tatsächlich undurchführbar geworden, wie es bei einer Schuld der Fall ist, die mangels Vermögen des Schuldners durch Haftung nicht erzwingbar ist. Die Klage des Gläubigers ist infolgedessen in der Regel abzuweisen[22]). Nur wenn Ersatzansprüche gegen den Erben nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe aus § 1973 oder § 1989 bestehen, die ja hier anders als bei § 1990 und § 1992 nicht zum Nachlaß gehören, hat trotz Erschöpfung des Nachlasses in Höhe der Ansprüche eine Verurteilung des Erben zur Leistung zu erfolgen.

Wie der Erbe das Fehlen jeglicher Haftungsgegenstände im Prozeß nachweisen kann, so muß er auf der anderen Seite auch das Recht haben, im Prozeß den Nachweis zu führen, welche einzelnen Gegenstände dem Gläubiger noch haften. Er erstrebt damit ein Urteil[23]), das ihm lediglich die Befriedigung des Gläubigers aus den bestimmten Objekten auferlegt. Eine Einzelfeststellung der Nachlaßgegenstände ist angesichts des sich lediglich noch um Haftung drehenden Prozesses nicht verwunderlich. Die Klage des Gläubigers ist nicht etwa deswegen abzuweisen, weil nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe nur noch eine Befugnis zur Zwangsverwertung des haftenden Nachlasses besteht, der Klagantrag dagegen auf Leistung gerichtet ist. Die Haftung einzelner Gegenstände erscheint gegenüber der durch Haftung des gesamten Vermögens gesicherten Schuld als das minus und ist im Klagantrage mitenthalten. Daher ist nicht einmal eine Aenderung des Klageantrages zur Erreichung eines dem Gläubiger günstigen Urteils nach Erhebung der Vollstreckungspreisgabe erforderlich[24]).

---

[20]) Planck, § 1973, 4c; Staudinger, § 1973, II, 1b; Strohal, Erbrecht, § 75, Nr. 18; Dernburg, § 166, Anm. 17; OLG 38, 264; vgl. auch RG 61, 221.

[21]) Zu beachten ist, daß nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe aus § 1990 oder § 1992 zum Nachlaß auch Ersatzansprüche gegen den Erben nach §§ 1978 ff. gehören können, für welche der Erbe unbeschränkt haftet. Vgl. oben 4. Kap., 1. Abschn., § 1, S. 36, auch § 2.

[22]) Boehmer, Erbfolge, S. 175; die Notwendigkeit der Klageabweisung wegen des Mangels jeder Haftung wird verschiedentlich angenommen, z. B. Strohal, Erbrecht, § 85 IV; Kreß, S. 154; Eccius in Gruch., Bd. 43, S. 617; Raape, Iher. Jhrb. 72, S. 330, Anm. 1; OLG 21, 307; 34, 275; 38, 261. Das Reichsgericht hält regelmäßig die Klagabweisung nur für möglich, ohne sie für notwendig zu erklären, vgl. RG 69, 291; 77, 245; RG in JW 1913, 870, Nr. 15; 1918, 816; auch OLG 9, 385; 24, 67. Sogar die Möglichkeit der Klagabweisung leugnet das Oberlandesgericht Marienwerder, in Seuff.Arch. 66, 240.

[23]) Boehmer, Erbfolge, S. 176; vgl. auch unten S. 79.

[24]) Anders Engländer, S. 84; wie hier Boehmer, Erbfolge, S. 175.

Bei dem Versuch des Erben, die völlige Erschöpfung des haftenden Nachlasses oder den Umfang der noch haftenden Gegenstände nachzuweisen, muß jedoch m. E. folgendes beachtet werden. Da der Gläubiger regelmäßig ein starkes Interesse an der möglichst schnellen Erlangung eines rechtskräftigen Urteils hat [25]), wird gegen seinen Willen der Nachweis der Erschöpfung oder der noch haftenden Gegenstände des Nachlasses nur zuzulassen sein, wenn dies ohne Schwierigkeiten möglich ist und ohne ungebührliche Verzögerung geschieht [26]).

Streit besteht über die Fassung des Urteils, in dem die bereits eingetretene beschränkte Haftung des Erben berücksichtigt werden soll. Dieser ist, wie manche andere Fragen auf Grund der Erkenntnis zu entscheiden, daß eine Schuld des Erben nach der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe nicht mehr besteht. Danach ist eine Verurteilung zur „Leistung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßrest" [27]) keinesfalls möglich; auch eine Verurteilung „zur Leistung aus dem Nachlaß" [28]) würde aus demselben Grunde nicht der materiellrechtlichen Lage entsprechen. Da nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe nur noch eine Befugnis des Gläubigers zur Zwangsverwertung besteht, wird vielmehr eine Verurteilung „zur Duldung der Eigenbefriedigung des Gläubigers [29]) aus dem Nachlaß oder den . . . (einzeln aufgeführten Gegenständen)" [30]) oder „zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß" [31]) in Betracht kommen. Nicht als falsch kann auch m. E. eine an den Wortlaut des Gesetzes (§§ 1973, 1990) angelehnte Verurteilung bezeichnet werden, derzufolge der Erbe den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben hat [32]). Ein solches Urteil hat sogar angesichts der oben [33]) dargelegten Bedeutung des Wortes „herausgeben" den Vorzug, daß die nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe z. B. vorhandene Auskunftspflicht über den Bestand und Verbleib des Nachlasses noch besonders zum Ausdruck gebracht wird.

2.) War die Vollstreckungspreisgabe schon vor der Klageerhebung erklärt worden, dann ist eine Verurteilung mit dem allgemeinen Vorbehalt ebenfalls nicht mehr möglich. Hatte der Gläubiger die bereits eingetretenen Veränderungen seines Rechts in seiner Klage nicht berücksichtigt, sondern einfach auf Leistung schlechthin geklagt,

---

[25]) Das rechtskräftige Urteil wirkt wie die Befriedigung und bringt dem betreffenden Gläubiger mancherlei Vorteile, vgl. z. B. oben 4. Kap., 1. Abschn., § 1, S. 39 und § 2, S. 57.

[26]) Vgl. Strohal, Erbrecht, § 85 IV: „Nachweis ohne ungebührliche Verzögerung"; Staudinger, § 1973 II 1: „Sofortiger Nachweis". LG in JW 1921, 420 [8]: „falls ohne Schwierigkeiten der Nachweis zu erbringen ist".

[27]) RGRK. § 1973, 2; Dernburg, S. 461; Geib, S. 165.

[28]) Siber, Iher. Jhrb. 50, 142.

[29]) Boehmer, Erbfolge, S. 88.

[30]) Siehe Planck, § 1973, 6; Boehmer, Erbf., S. 177.

[31]) Vgl. Riesenfeld, 2. Bd., S. 235; Hellwig, Lehrb., S. 229; Hein, S. 141; OLG, 24, 68; 30, 189.

[32]) Vgl. Engländer, S. 85.

[33]) 2. Kap., S. 15 f. dieser Arbeit.

dann kann sich der Erbe im Prozeß auf die schon ausgeübte Gestaltungsbefugnis berufen (Einwendung).

Hat der Gläubiger schon in seinem Klagantrag auf die Möglichkeit der später erfolgenden Erklärung der Vollstreckungspreisgabe Rücksicht genommen, indem er nur Verurteilung zur Leistung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß oder schlechthin nur Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß verlangt hat, dann ergeht auch ein dementsprechendes Urteil, ohne daß dazu der Erbe von seiner Gestaltungsbefugnis Gebrauch machen muß. Dies hat für den Erben den Vorteil, daß ihn keine Auskunftspflicht oder Rechenschaftspflicht über den Nachlaß trifft, und er sich auch nicht für seinen Umgang mit dem Nachlaß verantwortlich macht. Denn dies alles sind ja Pflichten, welche für den Erben erst nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe entstehen.

3. Abschnitt:
Die Zwangsvollstreckung.

Der Verlauf im Zwangsvollstreckungsverfahren ist ein grundsätzlich verschiedener, je nachdem, ob im Urteil die zukünftige Haftungsbeschränkung (allgemein oder in Bezug auf ein bestimmtes Beschränkungsmittel) nur vorbehalten ist oder die wegen der bereits erfolgten Erklärung der Vollstreckungspreisgabe schon beschränkte Haftung selbst festgestellt wurde.

Im erstgenannten Falle kann der Gläubiger auf Grund des Urteils zunächst solange auch in das Eigenvermögen des Erben vollstrecken, bis der Erbe von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht hat. Von diesem Zeitpunkt an erscheint dann allerdings der Zugriff des Gläubigers auf Eigenvermögen rechtswidrig[34) 35)]. Gegen Zugriffe des Nachlaßgläubigers auf nichthaftendes Vermögen kann der Erbe sich dann durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO wehren. Dieser Weg ist in § 785 ZPO in Verb. mit § 781 ZPO vorgeschrieben. Damit ist aber nicht gesagt, wie vielfach angenommen wird, daß die Ausübung der Gestaltungsbefugnis selbst erst durch Erhebung der Klage erfolgen kann. Wie schon vor dem Prozeß, so kann der Erbe auch jederzeit nach dem Urteil, vor und während der Pfändung, die private Erklärung der Vollstreckungspreisgabe dem einzelnen Gläubiger gegenüber abgeben. Schon dann und nicht erst mit Erhebung der Klage treten die Wirkungen der Haftungsbeschränkung und Schuldaufhebung ein. Hierfür spricht auch, daß nach § 767 ZPO nicht die Einwendung, von der § 781 ZPO redet, son-

[34)] Dies setzt jedoch voraus, daß der Erbe seiner Auskunftspflicht über den Nachlaßbestand nachgekommen ist. Raape, Iher. Jhrb. 72, 331; s. auch unten S. 81.

[35)] Bei Vorhandensein mehrerer Erben ist vor der Teilung auch die Zwangsvollstreckung in Nachlaßgegenstände auf Grund eines gegen den einzelnen Miterben erlangten Urteils nicht zulässig, § 747 ZPO. Für die Vollstreckung in den Nachlaß fehlt es an einem gegen alle Miterben gerichteten Schuldtitel. Die Anteilspfändung ist wegen der eingetretenen Beschränkung auf den Gesamtnachlaß unzulässig.

dern die Erledigung der Einwendung durch Klage zu geschehen hat. Einwendung und Erledigung der Einwendung sind aber verschiedene Dinge [36]).

Wenn das Urteil bereits die vor seinem Erlaß durch Erklärung der Vollstreckungspreisgabe eingetretene beschränkte Haftung des Erben berücksichtigt, ist eine Zwangsvollstreckung in Eigenvermögen m. E. grundsätzlich von vornherein ohne weiteres prozessual unzulässig. Ein Titel, der auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß bzw. in namentlich bezeichnete einzelne Gegenstände oder auf Herausgabe des Nachlasses zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung lautet, gestattet eben regelmäßig nur die Vollstreckung in den noch haftenden Nachlaß. Nur wenn der Erbe seiner Auskunftspflicht über den Verbleib des Nachlasses bzw. der einzelnen Gegenstände [37]) nicht nachkommt, ist ausnahmsweise eine Vollstreckung auch in Eigenvermögen des Erben für zulässig zu halten. — Das Mittel gegen eine prozessual unzulässige Vollstreckung in Eigenvermögen ist die Vollstreckungsbeschwerde aus § 766 ZPO, nicht die Vollstreckungsgegenklage aus § 767 ZPO [38]). Letztere hat regelmäßig nur die Unbegründetheit des dem Urteil zugrundeliegenden materiellrechtlichen Anspruchs zum Gegenstand. —

Zum Schluß taucht noch die Frage auf, ob der nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe nur noch beschränkt haftende Erbe einer in Nachlaßgegenstände erfolgten Vollstreckungsmaßnahme unter Berufung auf die Pfändungsverbote des § 811 ZPO widersprechen kann. Dies wird z. B. von Planck und Kipp [39]) verneint. Ebenso erklären sich für den Ausschluß der Pfändungsbeschränkungen OLG 1,431 und 17,195 [40]). Aus der hier vertretenen Auffassung, daß nach Erklärung der Vollstreckungspreisgabe lediglich ein Zugriffsrecht des Gläubigers mit einer dementsprechenden gegenständlichen Haftung des Erben mit dem Nachlaß verbleibt, ergibt sich die Richtigkeit dieser Ansicht. Die Pfändungsbeschränkungen der §§ 811 ff. ZPO kommen nur bei der Zwangsvollstreckung von Geldforderungen in Betracht. Eine Geldforderung, wie sie vor der Erklärung der Vollstreckungspreisgabe bestand, ist aber nicht mehr vorhanden, sodaß die Bestimmungen der §§ 811 ff. ZPO gar nicht zur Anwendung kommen.

---

[36]) So mit Recht: Raape, Iher. Jhrb. 72,329; auch Planck, § 1990, 2c; a. A.: Walsmann, S. 24.

[37]) Siehe Planck, § 1973,6.

[38]) Boehmer, Erbfolge, S. 177; Riesenfeld, 2. Bd., S. 236.

[39]) Planck, § 1991,2c; Kipp, § 80 II; ferner Stein, § 811 II 3; s. auch Riesenfeld, 2. Bd., S. 129 (für den Fall des Nachlaßkonkurses); anders Kretzschmar, in LZ 1914, 365.

[40]) Beide Entscheidungen geben eine von der oben im Text folgenden abweichende Begründung. Während OLG 1,431 nur dem nicht beschränkt haftenden Erben die Pfändungsbeschränkung gestattet, weil man nicht den Nachlaßgläubigern das Eigenvermögen des Erben versperren könne, ohne ihnen auf der anderen Seite wenigstens den gesamten Nachlaß zur Verfügung zu stellen, erklärt OLG 17,195 den Umstand der Beschränkung der Haftung für gleichgültig; nach dieser letzteren Entscheidung soll dem Erben der § 811 ZPO hinsichtlich des Nachlasses deswegen nichts nutzen, weil er im Falle des § 1990 nicht als der „eigentliche Schuldner des Gläubigers" anzusehen sei.

LEBENSLAUF

Am 4. März 1912 wurde ich zu Berlin als Sohn des Kaufmanns Georg Baer und seiner Ehefrau Regina, geb. Caspary, geboren. Ich besuchte in Aschersleben zunächst die Vorschule und dann das Reform-Realgymnasium, das ich Ostern 1930 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Anschließend widmete ich mich dem rechtswissenschaftlichen Studium an den Universitäten Leipzig (2 Semester), Berlin (2 Semester) und Halle-Wittenberg (3 Semester). Meine Lehrer waren die Herren Professoren und Dozenten: Alsberg, Aubin, Bilfinger, Boehmer, Bornhak, Bruns, Dahm, Engländer, Finger, Fleischmann, Grünfeld, Hein, Heymann, Jahrreis, Jaeger, Jecht, Joerges, Kisch, Kitzinger, Klee, Koschaker, Mannheim, Ruth, Scheuner, Schlegelberger, Schmaltz, Richard Schmidt, Rudolf Schmidt, A. Schultze, Siber, Sombart, Stutz, Titze, Triepel, Wolff. Am 15. Februar 1935 bestand ich bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg das Doktorexamen.

Die Anregung zur vorliegenden Arbeit erhielt ich von Herrn Professor Dr. Boehmer, dem ich für die erhaltenen Belehrungen großen Dank schulde. Ebenso ist es mir eine angenehme Pflicht, Herrn Professor Dr. Rud. Schmidt meinen besten Dank dafür auszusprechen, daß er nach dem Fortgang Herrn Professor Dr. Boehmers von Halle das Referat meiner Dissertation übernommen und mir Ratschläge bei Anfertigung der Arbeit erteilt hat.

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale) Dölauer Straße 14
Spezialdruckerei für wissenschaftliche Werke und Dissertationen